



UNIVERSIDAD DE LA RIOJA

TRABAJO FIN DE ESTUDIOS

Título

La Hipoteca Inmobiliaria: constitución y rango hipotecario

Autor/es

DIANA FERNÁNDEZ ARANA

Director/es

BEATRIZ SAÉNZ DE JUBERA HIGUERO

Facultad

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Titulación

Grado en Derecho

Departamento

DERECHO

Curso académico

2019-20



La Hipoteca Inmobiliaria: constitución y rango hipotecario, de DIANA FERNÁNDEZ ARANA (publicada por la Universidad de La Rioja) se difunde bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 3.0 Unported. Permisos que vayan más allá de lo cubierto por esta licencia pueden solicitarse a los titulares del copyright.



**UNIVERSIDAD
DE LA RIOJA**

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

GRADO EN DERECHO

**LA HIPOTECA INMOBILIARIA:
CONSTITUCIÓN Y RANGO HIPOTECARIO**

THE REAL ESTATE MORTGAGE:

CONSTITUTION AND MORTGAGE RANK

Diana Fernández Arana

TRABAJO DE FIN DE GRADO EN DERECHO

UNIVERSIDAD DE LA RIOJA

Directora: Beatriz Sáenz de Jubera Higuero

Mayo 2020

ÍNDICE

RESUMEN/ABSTRACT	3
ABREVIATURAS	4
1. INTRODUCCIÓN	5
2. BREVE CARACTERIZACIÓN JURÍDICA DE LA HIPOTECA.....	6
2.1. CONCEPTO Y CARACTERES	6
2.2. SUJETOS Y POSESIÓN DEL BIEN HIPOTECADO	8
3. CONSTITUCIÓN DE LA HIPOTECA	10
3.1 PACTO <i>INTER PARTES</i>	10
3.2 GARANTÍA CON EFICACIA <i>ERGA OMNES</i>	12
3.2.1. Escritura Pública	13
3.2.2. La inscripción registral constitutiva	14
4. EL RANGO HIPOTECARIO	17
4.1. CONCEPTO DE RANGO Y PRINCIPIO DE PRIORIDAD REGISTRAL	17
4.2. RANGO Y VALOR DE LA HIPOTECA	21
4.2.1. Inmuebles con varias hipotecas.....	23
4.2.2. La ampliación del crédito hipotecario.....	25
4.2.3. La ejecución ante una pluralidad de hipotecas.....	28
4.3. NEGOCIOS SOBRE EL RANGO	30
4.3.1. Permuta.....	31
4.3.2. Posposición.....	33
4.3.3. Reserva.....	34
4.3.4. Igualdad de rango	35
5. CONCLUSIONES.....	37
BIBLIOGRAFÍA	39
RESOLUCIONES	41

RESUMEN/ABSTRACT

La hipoteca inmobiliaria constituye una importante institución jurídica en el Derecho Civil, cuya existencia circula tanto en el ámbito de las obligaciones y los contratos, como en el ámbito de los derechos reales. En este trabajo se va a estudiar la especial formación del derecho real de hipoteca, explicando su fase contractual y su fase final de formación que corresponde con la constitución del derecho real. A partir de ahí, se estudiará en detalle el rango hipotecario como elemento trascendental de la hipoteca, que se adquiere cuando ésta accede al Registro de la Propiedad, los negocios sobre el mismo y cómo afecta el rango en el proceso de ejecución hipotecaria, especialmente cuando existe una pluralidad de hipotecas.

Palabras clave: hipoteca, contrato, derecho real, constitución, rango hipotecario, prioridad registral, acreedor hipotecario, deudor, hipotecante, propietario, ejecución.

Real estate mortgage constitutes an outstanding judicial institution in Civil Law, whose existence circulates both in the realm of obligations and contracts, and in that of real rights. This study will focus on the special formation of real mortgage law, explaining its contractual phase, and its final phase, which corresponds to the constitution of real right. From that point on, we will provide a detailed study of mortgage ranks as a transcendental element in mortgages, which are acquired when it becomes part of the Registration of Property, as well as the businesses that may take place around it, and how the rank affects the executorial process of mortgages, especially when multiple mortgages exist.

Key words: mortgage, contract, real right, constitution, mortgage rank, registration priority, mortgagee, debtor, mortgager, owner, execution.

ABREVIATURAS

Art: artículo.

Arts.: artículos.

CC: Código Civil.

Coord.: Coordinador.

DGRN: Dirección General de los Registros y del Notariado.

DGT: Dirección General de Tributos.

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil.

Lh: Ley Hipotecaria.

Núm.: Número.

op. cit.: Antes citado.

p.: página.

pp.: páginas.

RDGRN: Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

RDGT: Resolución de la Dirección General de Tributos

Rh: Reglamento Hipotecario.

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial.

STS: Sentencia del Tribunal Supremo.

1. INTRODUCCIÓN

La libertad de contratación consagrada en el art. 1255 del Código Civil constituye uno de los pilares fundamentales de nuestro sistema jurídico y económico. Los operadores económicos y jurídicos transitan realizando diversos negocios en aras de conseguir sus propios objetivos. Sin embargo, habitualmente la aplicación del capital aforismo *pacta sunt servanda* no resulta con la eficacia que cabría esperar y, por tanto, las partes contratantes deben servirse de instrumentos adicionales para asegurar que el contenido contractual será cumplido.

De esta forma los derechos reales de garantía se erigen en nuestro Derecho como un recurso más eficaz para conseguir el cumplimiento de las obligaciones, o más bien, como un remedio a utilizar si se produce un incumplimiento contractual, consiguiendo así un cumplimiento forzoso.

Dado el especial valor que tradicionalmente se ha dado en nuestra cultura a la propiedad inmobiliaria, los particulares tienen la posibilidad de adquirir inmuebles en propiedad mediante la celebración de créditos garantizados por hipoteca, lo que tiene gran trascendencia dado que probablemente esta sea la mayor inversión de su vida y, además, puede llevar a que en caso de impago pierda el inmueble, cuestión muy grave si el inmueble es su vivienda habitual¹. En este sentido la hipoteca inmobiliaria goza de un carácter privilegiado para conseguir ese cumplimiento forzoso ya que existe en nuestro Derecho un proceso de ejecución sumario específico que le da plena eficacia por cuanto que no es necesario acudir a un proceso declarativo para ejecutar el bien².

Como se explicará a lo largo del trabajo, el rango hipotecario por su parte dará cierto valor a la hipoteca dada la implicación que tiene con respecto a la ejecución. El rango adquirido al ingresar la hipoteca en el Registro de la Propiedad marcará un antes y un después en el proceso de constitución. Y en este sentido las primeras aproximaciones a hacer, y que marcan el eje del trabajo son: la hipoteca tiene una relación especial con el Registro de la Propiedad para con su constitución y su naturaleza; el rango registral es un

¹ ORDÁS ALONSO, M., La fase precontractual en la contratación del crédito inmobiliario. En: DOMINGUEZ LUELMO, A. (coord.). Vivienda e hipoteca. Madrid: Tecnos, 2018. p. 26.

² LUQUE JIMENEZ, M.C., Acceso al registro de la ejecución judicial de la hipoteca. *Revista crítica de derecho inmobiliario* (91, 750), 2015. p. 1997.

elemento que posibilita la concurrencia de hipotecas; el rango otorga un valor a cada título; la eficacia de la hipoteca se basa en su fuerza ejecutiva; el rango condiciona el destino de las hipotecas ante una ejecución.

2. BREVE CARACTERIZACIÓN JURÍDICA DE LA HIPOTECA

La hipoteca inmobiliaria, es específicamente un derecho real de garantía. Como todo derecho real, despliega efectos *erga omnes*, y le acompañan características especiales.

Se regula en el Código Civil (en adelante, CC), en los artículos 1857 a 1862 (preceptos comunes a la prenda y a la hipoteca) y en los artículos 1874 a 1880. Regulación parca y escasa, por lo que el grueso de la regulación de la hipoteca se recoge en la Ley Hipotecaria aprobada por el Decreto de 8 de febrero de 1946 (en adelante, Lh), junto con el reglamento recogido en el Decreto de 14 de febrero de 1947, por el que se aprueba el Reglamento Hipotecario (en adelante, Rh). Así mismo, con respecto a la ejecución hipotecaria, en el título IV de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC), el capítulo V regula en particular la ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados (arts. 681-698 LEC).

2.1. CONCEPTO Y CARACTERES

El art. 104 Lh indica que “La hipoteca sujeta directa e inmediatamente los bienes sobre que se impone, cualquiera que sea su poseedor, al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida”; norma que reproduce el literal que recoge el art. 1876 CC. Lejos de especificar y desarrollar las cualidades que la hipoteca tiene, este precepto pone de manifiesto la afección real del bien hipotecado al cumplimiento de una obligación. Más allá de lo aquí reflejado, la hipoteca es naturalmente un derecho real³,

³ Reconocido esto en el art. 2. 2º Lh: “En los Registros expresados en el artículo anterior se inscribirán: [...]. Los títulos en que se constituyan reconozcan, transmitan, modifiquen o extingan derechos de usufructo, uso, habitación, enfiteusis, hipoteca, censos, servidumbres y otros cualesquiera reales.”

que vincula el bien hipotecado durante todo el tiempo en que la hipoteca esté vigente, a una ulterior realización de su valor para así garantizar la seguridad y el cumplimiento de una obligación dineraria, lo que otorga a la hipoteca un carácter accesorio (art. 1538 CC), indivisible (arts. 1860 CC y 122 Lh), de constitución registral (arts. 1875 CC y 145 y 159 Lh), grava bienes inmuebles y derechos reales enajenables (arts. 1874 CC y 106 Lh) y en la que, como peculiaridad, no hay desplazamiento posesorio⁴.

Es esencial e identificador de la hipoteca, y por tanto necesario destacarlo al menos someramente, su carácter accesorio. El Código Civil en su art. 1528 reconoce la accesoriedad de la hipoteca con respecto del crédito, diciendo que su cesión comprende “la de todos los derechos accesorios, como la fianza, hipoteca, prenda o privilegio”. Esta cualidad también se pone de manifiesto en el art. 1857.1º CC: “Son requisitos esenciales de los contratos de prenda e hipoteca: 1.º Que se constituya para asegurar el cumplimiento de una obligación principal”. Así como en el art. 1876 CC: “La hipoteca sujeta directa e indirectamente los bienes sobre que se impone, cualquiera que sea su poseedor, al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida”. Estos preceptos, en suma, ponen de manifiesto la vinculación que tiene la hipoteca respecto del crédito, por cuanto que su razón de ser es garantizar que se cumpla una obligación (y por ello la hipoteca es un derecho de garantía). De tal manera que el acreedor pueda ejercitar las acciones que la hipoteca le confiere ante el incumplimiento de la obligación garantizada. En este sentido, la accesoriedad de la hipoteca es funcional⁵. Y si bien es cierto que la hipoteca nace en la medida que existe un crédito⁶ y tiene su razón de ser en él, no sería correcto decir que ambos tienen una absoluta relación de dependencia, pues no hay que

Consideración que no es unánime, pues son diversas las posiciones doctrinales las que han dado diferentes naturalezas a la hipoteca, como pone de manifiesto CERDEIRA BRAVO DE MASILLA, G., Derecho o carga real: naturaleza jurídica de la hipoteca. Tesis. Sevilla: Universidad de Sevilla, 1997, p. 317 [disponible en <https://idus.us.es/handle/11441/23971>; fecha de última consulta: el 02-04-2020]: “junto a la posición mayoritaria que defiende el carácter de derecho real de la hipoteca, existen otras opiniones. Según vimos, se concibe la hipoteca como derecho de crédito, como obligación *propter rem*, como derecho real in faciendo, como relación jurídica compleja, como privilegio, como *ius ad rem*, como derecho potestativo, como carga real, o incluso como figura de naturaleza estrictamente procesal. [...] Como cabría esperar y sin sorpresa alguna, el Tribunal supremo casi siempre ha afirmado, como algo sabido y admitido por todos, la naturaleza real de la hipoteca”.

⁴ ROCA SASTRE, R.Mº., ROCA-SASTRE, L., BERNÀ i XIRGO, J. Derecho Hipotecario. Tomo VIII. 9º ed. Barcelona: Bosch, 2009, pp. 15-16.

⁵ SAENZ DE JUBERA HIGUERO, B., Relación entre el crédito y la hipoteca: alcance del principio de accesoriedad, Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2009, pp. 620 - 621.

⁶ Sin perjuicio de la posibilidad de constituir hipoteca en garantía de obligaciones futuras *ex* arts. 142 y 143 Lh.

entender así la accesoriedad. Se ha reconocido que la hipoteca sí tiene un cierto grado de autonomía con respecto del crédito, en el sentido de que puede ocurrir que los sujetos intervinientes del crédito no coincidan con los sujetos que constituyen la hipoteca (salvando el hecho de que sí debe coincidir el acreedor necesariamente), o que la hipoteca no garantice el total del crédito sino solo una parte, o que la hipoteca se extinga antes que el crédito, y sobre todo se pone de manifiesto esta autonomía cuando el crédito se extingue pero la hipoteca no se cancela registralmente, de manera que el Registro muestra una *apariencia* de la existencia de un crédito, y esto como resultado del efecto de las reglas del Registro de la Propiedad⁷.

2.2. SUJETOS Y POSESIÓN DEL BIEN HIPOTECADO

Los sujetos intervinientes en la constitución de la hipoteca son, por un lado, el acreedor hipotecario (sujeto activo), titular del derecho de hipoteca; y por otro lado, el hipotecante (sujeto pasivo), que deberá ser necesariamente dueño del inmueble hipotecado (arts. 1857 CC y 138 Lh). El acreedor hipotecario coincidirá necesariamente con el acreedor titular del derecho de crédito garantizado, pero no así el hipotecante, que podrá coincidir o no con el deudor de la obligación, por más que sea muy habitual que coincida el sujeto pasivo de la hipoteca con el sujeto pasivo de la obligación cuando el crédito constituido ha sido con el fin de adquirir la vivienda que luego se hipoteca. Si los sujetos pasivos de hipoteca y crédito no coinciden (supuesto del art. 1857.3º II CC), el hipotecante soportará la carga, de tal manera, que, ante el incumplimiento del deudor de la obligación, el hipotecante (hipotecante no deudor) se verá sometido a una ulterior ejecución hipotecaria, lo que le sitúa en una posición dependiente con respecto de la diligencia del deudor para con el cumplimiento de la obligación⁸.

⁷ MARTINEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. La Hipoteca inmobiliaria. La anticresis. En: DE PABLO CONTRERAS, P. (coord.). Curso de Derecho Civil (III): Derechos Reales. 4ª ed. Madrid: Edisofer S.L., 2016, p. 571.

⁸ En este sentido, la jurisprudencia ha admitido la acción de reembolso o la acción subrogatoria por parte del hipotecante no deudor que ha visto quebrado su patrimonio, reconocido esto por el Código Civil en el caso de la fianza, pero no expresamente para la hipoteca, y así lo pone de manifiesto la STS núm. 761/2015, de 30 de diciembre: “en el caso de la hipoteca constituida a favor de tercero, el Código Civil no contiene una previsión específica sobre cómo puede recuperarse el hipotecante no deudor del quebranto patrimonial que sufre cuando debe hacer frente a la obligación garantizada para evitar que su inmueble sea objeto de ejecución hipotecaria, o cuando dicha ejecución tiene lugar y pierde el bien en la

Particularmente importante es la posesión del bien hipotecado, lo cual caracteriza notablemente a la hipoteca con respecto a otros derechos de garantía. La hipoteca tiene su origen en el Derecho romano y ha pasado a lo largo de la historia por diferentes etapas de mayor o menor trascendencia e importancia, pero siempre manteniendo ese elemento diferenciador con respecto a la prenda de que no haya un desplazamiento posesorio del bien hipotecado. Esta falta de posesión por parte del acreedor conlleva el riesgo de que no sea fácilmente apreciable en la realidad la existencia de una hipoteca sobre un bien, o las sucesivas hipotecas ocultas que pueden constituirse en un mismo bien, perjudicando a los diferentes acreedores hipotecarios y a terceros. Ante esta carencia que perjudicaba notoriamente la seguridad del tráfico, surge la necesidad de dotar de publicidad a las hipotecas y con ello nace la inscripción registral como requisito constitutivo (arts. 1875 CC y 145 Lh). Con la promulgación de la Ley Hipotecaria de 1861, de influencia romana y germánica, se introducen los principios de publicidad y especialidad⁹, e incorpora la necesidad de formalizar escritura pública para acceder al Registro de la Propiedad, buscando eliminar la clandestinidad en la constitución y transmisión de derechos reales

subasta (o en la adjudicación al ejecutante cuando la subasta queda desierta), con cuyo producto se satisface, en todo o en parte, al acreedor hipotecario. La solución ha sido encontrada por la doctrina y la jurisprudencia en el art. 1210.3 del Código Civil, que prevé la subrogación «cuando pague el que tenga interés en el cumplimiento de la obligación [...]». Se considera que dado que el "interés" de que habla el precepto debe manifestarse en alguna relación de derecho respecto de la obligación o de las cosas a las que esta afecte y que comporte la conveniencia de su cumplimiento, tal interés concurre en el caso del hipotecante no deudor, dueño de la cosa sobre la que se ha constituido la garantía real de la obligación asumida por el deudor no hipotecante. El hipotecante no deudor, aunque no tenga interés en la relación obligatoria, sí la tiene en el cumplimiento de la obligación, que evita la ejecución de la hipoteca constituida sobre su inmueble y la pérdida del mismo. Pero la aplicación del art. 1210.3 del Código Civil procede no solo cuando el hipotecante no deudor paga voluntariamente la deuda garantizada con la hipoteca para evitar la subasta de su inmueble en el proceso de ejecución hipotecaria, sino también cuando el pago se realiza mediante la venta forzosa del bien en subasta, o la adjudicación al ejecutante, en el proceso de ejecución hipotecaria. [...] De lo anteriormente expuesto pueden deducirse que tanto la acción de reembolso o regreso como la acción subrogatoria son mecanismos previstos por el ordenamiento jurídico para la efectividad de un principio básico de la regulación de las garantías otorgadas por terceros, como es que el tercero que paga, y se convierte por ello en acreedor del deudor principal, no sufra, en lo posible, un quebranto patrimonial y pueda resarcirse con cargo al deudor principal, que no pagó”.

⁹ El principio de especialidad se recogía en la Ley Hipotecaria de 1861 en su art. 12; el principio de publicidad formal en el título IX del mismo cuerpo legal, y la publicidad material se encontraba en el art. 23. La exposición de motivos desarrolla y justifica la introducción de estos principios en el sistema inmobiliario español: “No hay pues más que un sistema aceptable: el que tiene por base la publicidad y la especialidad de las hipotecas. Mas como es necesario fijar bien las palabras que pueden ser de distinto modo interpretadas, debe decir la comisión cómo entiende la publicidad. Consiste esta en que desaparezcan las hipotecas ocultas; en que no pueda perjudicar al contrayente de buena fe ninguna carga que grave sobre la propiedad si no se halla escrita en el registro; en que quien tenga derechos que haya descuidado inscribir, no perjudique por una falta que á él solo es imputable al que, sin haberla cometido, ni podido conocer, adquiera la finca gravada o la reciba como hipoteca en garantía de lo que se le debe; en que el registro de la propiedad, en que el registro de las hipotecas, se franqueen a todo el que quiera adquirir un inmueble, prestar sobre él, comprobar derechos que puedan corresponderle, y, para decirlo de una vez, al que tenga un interés legítimo en conocer el estado de la propiedad y de sus gravámenes”.

inmobiliarios¹⁰. Los principios de publicidad y especialidad otorgan a la hipoteca la publicidad que faltaba por no haber desplazamiento posesorio, y elimina el inseguro clima de hipotecas ocultas que existía antes de la Ley Hipotecaria de 1861.

3. CONSTITUCIÓN DE LA HIPOTECA

Si bien es cierto que tal y como se viene explicando la hipoteca es un derecho real, no lo es desde el primer momento. El derecho real de hipoteca es un derecho de progresiva formación en el tiempo, que pasa por distintas fases y experimenta un desdoblamiento con distintos grados de eficacia.

3.1 PACTO *INTER PARTES*

Tras constituir el crédito entre el deudor y el acreedor, el siguiente paso es constituir la hipoteca para garantizar dicho crédito. El pacto por el que ambas partes (acreedor hipotecario e hipotecante) convienen en constituir una hipoteca para garantizar el crédito, es un contrato. A este respecto podemos observar su ubicación en sede de obligaciones y contratos del CC. Como todo contrato, para que sea válido debe cumplir en primer término los requisitos del art. 1261 CC¹¹, y la ausencia por completo de cualquiera de ellos determina la nulidad del contrato¹². Por tanto, cumpliéndose tales requisitos existiría hipoteca y surtiría plenos efectos entre las partes, como garantía de

¹⁰ SAAVEDRA MONTERO, E., “La formación del derecho real de hipoteca y de la Ley Hipotecaria” *Actualidad Civil, Sección Doctrina*, 1999, Ref. XLIV, tomo 3, ed. LA LEY, p. 831.

¹¹ Art. 1261 CC: “No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1.º Consentimiento de los contratantes. 2.º Objeto cierto que sea materia del contrato. 3.º Causa de la obligación que se establezca”.

¹² Sobre la validez de los contratos la SAP de Cádiz núm. 23/1998, de 22 de mayo refiere un supuesto en que la Administración ejerce diversos controles en cuanto al otorgamiento de unos contratos de compraventa “pero sin que ello afecte en sí a la validez y existencia misma de los referidos contratos, los cuales existen desde el momento en que concurren los requisitos a que se refiere el art. 1261 del CC”, poniendo de manifiesto que el estricto juicio de validez de los contratos pasa por cumplir los requisitos *ex. art.* 1261 CC. Por todas, *vid.* STSJ de Cataluña núm. 24/2019 de 18 de marzo; SAP de Málaga núm. 13/2018 de 10 de enero; SAP de A Coruña núm. 284/1995 de 27 de septiembre.

cumplimiento de esa obligación previamente constituida también con eficacia *inter partes*.

Más concretamente, el art. 1857 CC nos presenta otros requisitos específicos de la hipoteca (y la prenda) más allá de los elementos del art. 1261 CC. Además del consentimiento de los contratantes, el nacimiento de la hipoteca pasa por que las partes contratantes tengan la debida capacidad para constituir la hipoteca, a saber, tener la libre disposición de los bienes y que el hipotecante sea propietario del bien que se va a hipotecar; y que la hipoteca se constituya para asegurar el cumplimiento de una obligación. Sin embargo, la falta de alguna de estas condiciones específicas del art. 1857 CC no suponen *per se* la nulidad del contrato, que seguirá siendo válido *inter partes*, en tanto en cuanto se cumplan los requisitos del art. 1261 CC, pero sí será inhábil para producir efectos frente a terceros, por lo que no podrá constituirse como derecho real de garantía y desplegar los efectos *erga omnes* que ello conlleva¹³. El art. 138 Lh también exige tener la libre disposición de los bienes para que la hipoteca voluntaria quede válidamente constituida, y es por ello que los requisitos que expone el art. 1857 CC (y el art. 138 Lh) debemos entenderlos como requisitos para que surja la hipoteca como derecho real, por cuanto que son requisitos para que la hipoteca pueda acceder al registro (art. 1875 CC) y la inscripción en el derecho real de hipoteca es constitutiva¹⁴. Por tanto, no cumplir estos requisitos específicos no tiene por qué determinar la nulidad del contrato si este se limita a producir efectos *inter partes*¹⁵.

A este respecto nuestro Alto Tribunal en su STS núm. 261/2016, de 20 de abril, pone de manifiesto que: “A tenor del artículo 33 LH («La inscripción no convalida los

¹³ CARRASCO PERERA, Á., CORDERO LOBATO, E. y MARÍN LÓPEZ, M.J., Tratado derechos de garantía. Capítulo 15, La constitución de la hipoteca inmobiliaria. II Título constitutivo del contrato de hipoteca y oponibilidad del derecho de hipoteca. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2015: “A pesar de estas expresiones legales, la falta de propiedad o de legitimación del hipotecante no son problemas de validez del contrato, sino de eficacia del gravamen hipotecario frente a terceros, incluido, en cuanto al requisito del art. 1857.2º CC, el propietario. El contrato otorgado por quien no es propietario o por quien carece de facultades para hipotecar no es nulo ni anulable, pero (salvo lo que después decimos del art. 34 LH) sí es inhábil para producir, aunque se inscriba, el efecto de constituir un derecho real de garantía [...] Concluimos, pues, que la propiedad y libre disposición del hipotecante no son requisitos de validez del contrato de hipoteca, sino condiciones para la constitución del derecho real de hipoteca.”.

¹⁴ *Vid. ut infra* apartado “3.2.2. La inscripción registral constitutiva” de este trabajo.

¹⁵ ROCA SASTRE, R.Mº., ROCA-SASTRE, L., BERNÀ i XIRGO, J. Derecho Hipotecario; *op. cit.* p. 295. No obstante esta teoría, ROCA SASTRE, citando la STS de 19 de diciembre de 1964, expone que “la cosa objeto de la hipoteca ha de pertenecer en propiedad al hipotecante, requisito éste esencial, hasta el punto de que su falta priva al convenio de objeto y hace inexistente al contrato, al no reunir los requisitos del art. 1261 del Código Civil, por lo que no puede producir efectos” equiparando el art. 1857 CC al art. 1261 CC en el sentido de que contemple requisitos de validez contractual.

actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes»), también aplicable a los actos o contratos anulables mientras dure la acción de anulación, el que las hipotecas sobre la vivienda se inscribieran en el Registro de la Propiedad no sirvió para convalidar los contratos de constitución de las mismas”. De manera que, aun llegando a inscribir la hipoteca, la fase previa contractual con el propio cumplimiento de los requisitos de validez contractual *ex art. 1261 CC* es necesaria, pues la inscripción no convalida un problema de nulidad de base.

3.2 GARANTÍA CON EFICACIA *ERGA OMNES*

Una vez que tenemos el contrato de base, nos encontramos ante una nueva fase en la formación de la hipoteca buscando expandir sus efectos. Sabemos que los derechos reales por su propia naturaleza tienen eficacia *erga omnes*, pero la tienen por sí mismos, sin necesidad de ninguna actuación o procedimiento. Por ejemplo, en cuanto al derecho de propiedad, adquirir su titularidad implica directamente gozar de todas las facultades derivadas de la titularidad de un derecho real sin necesidad de inscribirlo. La inscripción del derecho de propiedad otorga publicidad, pero su no inscripción no priva a su titular de ser propietario (titular del derecho de propiedad).

La hipoteca en la fase de pacto o contrato aún no es un derecho real, y por tanto para adquirir sus cualidades propias, a saber la eficacia *erga omnes*, necesitará una actuación específica. Para que un derecho real sea tal, es necesario que sea dotado de inmediatividad, absolutividad y preferencia. Para que esto ocurra con la hipoteca, siendo un derecho que no implica desplazamiento posesorio y, por lo tanto, está oculto a ojos de los demás (ya que no hay publicidad derivada de tradición o posesión), se hace necesaria la inscripción registral como sustitutivo de la publicidad que sí tienen otros derechos reales¹⁶.

Es en este momento cuando debemos fijarnos en el contenido del art. 145 Lh: “Para que las hipotecas voluntarias queden válidamente establecidas, se requiere: Primero. Que se hayan constituido en escritura pública. Segundo. Que la escritura se haya

¹⁶ GARCÍA GARCÍA, J.M. Artículo 1875. En: ORDUÑA MORENO, J., PLAZA PENADÉS, J., MARTINEZ VELENCOSO, L.M. Código Civil comentado. v. 4. Libro IV. De las obligaciones y contratos, contratos en particular, derecho de daños y prescripción (artículos 1445 al final). 2º ed. Navarra: Civitas, 2016.

inscrita en el Registro de la Propiedad”. El sentido de este precepto es dar un mayor contenido a la inscripción registral con respecto a la hipoteca que va más allá de otorgar publicidad, por cuanto que si no se inscribe, no nace la hipoteca como un derecho real con plena eficacia.

3.2.1. Escritura Pública

El primero de los requisitos que contempla el art. 145 Lh es la elevación del contrato a escritura pública. Y esto, por razones obvias: si se requiere que la hipoteca sea inscrita, para poder acceder al Registro de la Propiedad será obligatorio otorgar escritura pública (art. 3 Lh). Es, por tanto, este un requisito formal en la constitución del derecho real de hipoteca.

Como un requisito formal para poder acceder al Registro, estaríamos ante una *forma ad utilitatem*. Y como un requisito formal para constituir la hipoteca, estaríamos ante una *forma ad solemnitatem*¹⁷. Pero ¿es siempre necesario otorgar escritura pública? Ciertamente si bien hemos hablado de que la hipoteca es una garantía de cumplimiento que puede otorgarse y surtir efectos entre las partes contratantes, y dado el sistema de libertad de forma que rige nuestro Derecho (art. 1278 CC), podemos concluir que puede establecerse una hipoteca en un contrato privado. Y dicho contrato será perfectamente válido en tanto en cuanto cumpla los requerimientos del art. 1261 CC, y como tal surtirá efectos¹⁸. Cosa distinta es que las partes decidan *motu proprio* elevar el contrato a escritura pública *ex art.* 1280 CC¹⁹. Si no lo hacen, el contrato tendrá los efectos limitados que tiene

¹⁷ ROCA SASTRE, R.Mº., ROCA-SASTRE, L., BERNÀ i XIRGO, J. Derecho Hipotecario; *op. cit.*, p. 485.

¹⁸ *Vid. ut supra* apartado “3.1. Pacto *inter partes*” en este trabajo. El Tribunal Supremo, en este sentido, en su STS núm. 368/2016, de 6 de junio, señala: “No hay razón para no aplicar la misma doctrina al supuesto de «doble contrato de constitución de hipoteca». Esta Sala ha dicho muchas veces, y no pone ahora en cuestión, que la inscripción de la hipoteca es constitutiva, en el sentido de que el derecho real de hipoteca no nace ni se adquiere sino si y en momento en que la correspondiente escritura se inscribe en el Registro; pero eso no significa que el contrato o negocio jurídico de constitución de hipoteca, así formalizado, no exista sin la inscripción [STS 1108/2007, de 18 de octubre (Rec. 4494/2000)], ni que el conocimiento de tal contrato o negocio jurídico no pueda perjudicar a terceros [STS 638/1986, de 31 de octubre]”.

¹⁹ Si bien es cierto que el art. 1280 CC establece que “deberán constar en documento público”, es doctrinal y jurisprudencialmente aceptado unánimemente que tal precepto no se refiere a la forma del contrato (en cuanto a la escritura pública) como un requisito de validez ni de eficacia contractual, sino como una facultad de las partes a convenir. Así lo expresa el alto tribunal en su STS núm. 303/2014, de 16 septiembre, recordando la doctrina de la Sala: “En efecto, tal y como alega la parte recurrente en su cita de

cualquier contrato privado (art. 1225 CC²⁰); y si deciden elevarlo a escritura pública podrá entonces acceder al Registro. Tal es la cualidad de la hipoteca: es un derecho de progresiva formación en el tiempo, pasa por distintas etapas, y una vez se haya otorgado escritura pública y se haya inscrito en el Registro de la Propiedad, concluirá el proceso y nacerá como tal el derecho real de hipoteca, con todas las consecuencias y cualidades que le son propias²¹.

3.2.2. La inscripción registral constitutiva

El segundo requisito que el art. 145 LH exige para que las hipotecas voluntarias queden “válidamente establecidas” es la inscripción registral. El sentido en que debe entenderse el “establecimiento” del que habla el precepto, es en el sentido de que la hipoteca quede válidamente constituida. Es decir, debemos entender “establecer” en el sentido de “constituir”.

Una vez producida la inscripción, nacerá la hipoteca plenamente como derecho real, y adquirirá todas las cualidades propias que por sí mismos tienen los derechos reales,

la Sentencia de esta Sala, de 5 de febrero de 2007 (núm. 130/2007 (RJ 2007, 730), que contempla, a su vez, la doctrina recogida en la STS de 29 de julio de 1999, debe señalarse que desde la perspectiva de la interpretación sistemática de los artículos 1279 y 1280 del Código Civil se obtienen, al menos, dos consideraciones doctrinales. La primera es que, contrariamente a los casos en que nuestro Código Civil otorga a la forma del contrato un carácter solemne como presupuesto de su validez y de eficacia, la exigencia formal del artículo 1280 en relación a que ciertos contratos, entre ellos, la transmisión de derechos reales sobre bienes inmuebles, (número primero del citado artículo), consten en documento público no puede ser entendida como una referencia normativa pertinente al presupuesto de validez y eficacia del contrato celebrado, esto es, que incumplida dicha finalidad el contrato resulte inexistente por las partes o carente de eficacia alguna; pues el propio artículo 1279, como proyección del principio espiritualista como criterio rector del formalismo contractual (artículo 1278 del Código Civil), parte de la propia validez y eficacia estructural de los contratos enumerados en el artículo 1280 del Código Civil que no constan en escritura pública al disponer "que los contratantes pueden compelerse recíprocamente a llenar aquella forma desde que hubiese intervenido el consentimiento y los demás requisitos necesarios para su validez". La segunda consideración, al hilo de lo expuesto, es que la exigencia de esta finalidad incide, en consecuencia, en el plano del reforzamiento de la eficacia contractual del contrato, pues con su cumplimiento el contrato resulta eficaz frente a terceros. La conclusión práctica al respecto, conforme al principio de la autonomía de la voluntad, es que si las partes quieren otorgarle a esta exigencia formal un valor determinante ya para la propia validez del contrato, o bien para su eficacia, esta condición esencial debe figurar inequívocamente en el contenido contractual llevado a cabo, pues de otra forma carece de la relevancia requerida a estos efectos”.

²⁰ Art. 1225 CC: “El documento privado, reconocido legalmente, tendrá el mismo valor que la escritura pública entre los que lo hubiesen suscrito y sus causahabientes”.

²¹ MARTINEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. La Hipoteca inmobiliaria. La anticresis; *op. cit.*, pp. 600-601.

como es la oponibilidad *erga omnes* y la absolutividad. Es por ello que la inscripción registral en el caso de la hipoteca es constitutiva.

La STS núm. 110/2007, de 18 de octubre, viene a clarificar y poner de manifiesto la idea que se viene explicando en este trabajo, y este ha sido el criterio jurisprudencialmente seguido: “[la] hipoteca, como derecho real, no llegó a perfeccionarse por falta de su inscripción en el Registro de la Propiedad, elemento constitutivo del mismo (artículo 1875 del Código civil). Sin embargo, debe distinguirse el negocio jurídico de constitución de hipoteca, formal o solemne, del derecho real. La inscripción en el Registro de la Propiedad es elemento constitutivo del derecho real de hipoteca”. Cuestión esta de gran importancia teniendo en cuenta que la inscripción registral en nuestro sistema es por lo general declarativa, lo que por tanto diferencia aún más a la hipoteca de otros derechos²².

Aunque la inscripción registral es constitutiva en lo que al derecho real se refiere, no debemos pensar que la hipoteca no inscrita no existe, ni que no tenga ninguna eficacia. Un pacto de hipoteca no inscrito puede ser válido y, de hecho, producirá efectos, pero sólo *inter partes*. Pero la inscripción se hará necesaria para que ese pacto de hipoteca mute y nazca como derecho real con todas sus consecuencias, y despliegue esa eficacia *erga omnes* que caracteriza a los derechos reales.

Sobre todo lo que se viene explicando aquí, es muy ilustrativa la STS núm. 592/2017, de 7 noviembre: “El art. 1857 CC establece como requisitos esenciales del contrato de hipoteca: que se constituya para asegurar el cumplimiento de una obligación principal; que la cosa hipotecada pertenezca en propiedad al que la hipoteca; y que las personas que constituyan la hipoteca tengan libre disposición de sus bienes o, en caso de no tenerla, se hallen legalmente autorizadas al efecto. Pero, para que quede válidamente constituida la hipoteca, el art. 1875 CC exige que «el documento en que se constituya sea inscrito en el Registro de la Propiedad». Como se afirma en la doctrina, en la hipoteca la inscripción registral es un «requisito legal de existencia del derecho», sin el cual el derecho no existe. Ahora bien, el acto jurídico, entendido como suma de declaraciones de voluntad, por el que quien goza de facultades de disposición consiente en gravar la finca en garantía del pago de una obligación, surge con el otorgamiento de la

²² DE REINA TARTIÈRE, G., El Derecho registral inmobiliario y el Registro de la Propiedad. *La Notaría*. 2012, n°4, pp. 63-64.: “Teniendo en cuenta, como sabemos, que el derecho de hipoteca en nuestro ordenamiento es una de esas contadas excepciones en que la inscripción se establece como constitutiva”.

escritura pública, antes de la inscripción. Aunque el efecto jurídico de ese acto, esto es, los derechos resultantes, no se producen hasta la inscripción registral. Y la validez del contrato de hipoteca, título constitutivo por antonomasia del derecho real de hipoteca, depende de la concurrencia de los requisitos que legalmente la condicionan, que pueden ser específicos de este contrato o comunes a todos los contratos, como es la capacidad de quien la constituye y la ausencia de prohibiciones legales o convencionales de disponer que le afecten. De tal forma que existe una autonomía sustancial en este enjuiciamiento sobre la validez del título constitutivo respecto de aquel otro que tiene por objeto la procedencia de la inscripción registral: los requisitos que legalmente se exigen para la válida celebración del contrato de hipoteca, los que deben concurrir en el tiempo en que éste se celebra, no son los mismos que se exigen para inscribirlo en el Registro de la Propiedad, en el momento posterior en que tal cosa se pretenda. [...] Existe una autonomía entre el juicio de validez del contrato de hipoteca y la inscripción registral, en cuanto que cada uno de ellos concierne a realidades diferentes, una a la validez del título constitutivo y otra a su inscripción registral”.

La inscripción le dará plena oponibilidad. “La oponibilidad es la consecuencia inmediata de la publicidad”, y como se ha explicado previamente, los principios de inscripción y especialidad dotan de publicidad a la hipoteca; publicidad que otros derechos reales ya tienen como consecuencia de la posesión²³. Esto surgirá con la hipoteca en el momento de la inscripción, pero también nacerán al mismo tiempo otros caracteres consecuencia del Registro. Esto supone que el propio derecho real de hipoteca tenga *per se* una serie de cualidades derivadas del Registro, que otros derechos reales no tienen si no se inscriben (porque pueden inscribirse o no, pero en todo caso seguirán siendo derechos reales). Así, el derecho real constituido al tiempo de la inscripción gozará

²³ PAU PEDRÓN, A., *La Prioridad registral: Un nuevo enfoque*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2004, p. 41. Citando a AMORÓS GUARDIOLA, M., *Los registros jurídicos de bienes muebles y sus principios inspiradores*, en *Ponencias y comunicaciones presentadas al III Congreso Internacional de Derecho Registral*, Madrid 1978, p. 65: “El concepto técnico de oponibilidad, equivalente a eficacia frente a terceros, puede ser formulado en un doble sentido. En su aspecto positivo: los actos, derechos y situaciones jurídicas inscritas tienen eficacia frente a terceros, con la extensión y circunstancias que derivan de la propia inscripción. Lo inscrito es oponible frente a terceros. Aspecto negativo: los actos, derechos y situaciones inscribibles no inscritos no afectan a terceros de buena fe. Requisito este último el de la buena fe, que impide la falta de eficacia cuando, aun sin publicidad, el tercero conoce aquella situación, y debe, por tanto, afectarle. Lo no inscrito no es eficaz frente a tercero. La inoponibilidad, como ineficacia frente a tercero, implica la no producción de efectos en relación con esa persona que ha sido ajena al acto originador de la situación no publicada”.

de la presunción de veracidad que otorga el Registro (art. 38 Lh), una oponibilidad reforzada (art. 32 Lh) y un rango hipotecario con importantes consecuencias.

4. EL RANGO HIPOTECARIO

Tal y como hemos venido diciendo, la hipoteca como derecho real, es de constitución registral; queda concluir que no puede haber hipoteca sin que tenga un rango. El rango que adquiera la hipoteca le caracterizará pero no de forma ociosa o irrelevante, sino que tendrá importante trascendencia para con el destino y la eficacia plena del derecho real.

4.1. CONCEPTO DE RANGO Y PRINCIPIO DE PRIORIDAD REGISTRAL

Conviene aquí hacer una distinción entre los términos que encabezan este epígrafe. Si bien la prioridad registral es un principio que rige el funcionamiento del Registro de la Propiedad, el rango hipotecario es una cualidad de la hipoteca, una cualidad que adquirirá al momento en que acceda al Registro²⁴.

En una recopilación de las principales posturas doctrinales acogidas al respecto, se puede concluir que la prioridad registral refleja el emblemático principio *prior tempore potior iure* (lema del Cuerpo de Registradores de la Propiedad y recogido en el art. 537 Rh). Esta expresión latina podemos traducirla como “primero en el tiempo, mejor en el Derecho”, y en cuanto a su significado podemos entender que el título que primero acceda al Registro será mejor en el derecho (dado que este principio se aplica con respecto al Registro de la Propiedad). Es decir, que tendrá una posición jurídicamente ventajosa con

²⁴ DE BUNES IBARRA, J. M. El rango hipotecario: concepto, naturaleza y tributación. *OL, Revista Tributaria de Oficinas Liquidadoras*, (1), 2006: p. 5.; CONCEIRO DEL RÍO, J. Negocios sobre el rango hipotecario. *La Ley digital*, (2), 2004: p.1567.

respecto a aquellos títulos que accedan con posterioridad, siendo relevante por tanto, no la fecha del título, sino la fecha de inscripción registral²⁵.

Este principio está recogido en el art. 17 Lh²⁶. Tal y como señala PAU PEDRÓN, la mayoría de la doctrina sitúa a este precepto como el reflejo del principio de prioridad en la Ley Hipotecaria²⁷, haciendo una distinción entre la prioridad material (primer párrafo) y la prioridad formal (párrafo segundo). Hay algunos autores que consideran que en este precepto se debe distinguir entre la *oponibilidad* y la *prioridad*, y que el párrafo primero del art. 17 Lh no refleja la prioridad sino la oponibilidad. A juicio de estos autores, este efecto excluyente entre títulos incompatibles entre sí es la manifestación de la oponibilidad de la inscripción registral; y la prioridad registral se pone de manifiesto únicamente cuando hay títulos compatibles entre sí²⁸.

Etimológicamente prioridad tiene su origen en el latín medieval como *prioritas*, y del latín *prior*, que significa “el primero entre dos” o “anterior”²⁹ (en consonancia con el latinismo antes expuesto *prior tempore potior iure*). Por lo tanto, no se debe buscar otro sentido de la prioridad registral que la anterioridad en el tiempo. Considero que para entender el debido funcionamiento de la prioridad no debemos fijarnos únicamente en el art. 17 Lh, sino también en los arts. 24 y 25 Lh. Los arts. 24 y 25 Lh exponen los criterios

²⁵ PAU PEDRÓN, A., La Prioridad registral: Un nuevo enfoque; *op. cit.* p.51. Citando a ROCA SASTRE, R.Mº., ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., Derecho Hipotecario, t. II. Barcelona: 1979. p 183: “el principio de prioridad es el principio hipotecario en virtud del cual el acto registrable que primeramente ingrese en el Registro de la Propiedad se antepone con preferencia excluyente o superioridad de rango, a cualquier otro acto registrable que, siéndole incompatible o perjudicial, no hubiere sido presentado al Registro o lo hubiere sido con posterioridad, aunque dicho acto fuese de fecha anterior”.

²⁶ Art. 17 Lh: “Inscrito o anotado preventivamente en el Registro cualquier título traslativo o declarativo del dominio de los inmuebles o de los derechos reales impuestos sobre los mismos, no podrá inscribirse o anotarse ningún otro de igual o anterior fecha que se le oponga o sea incompatible, por el cual se transmita o grave la propiedad del mismo inmueble o derecho real. Si sólo se hubiera extendido el asiento de presentación, no podrá tampoco inscribirse o anotarse ningún otro título de la clase antes expresada durante el término de sesenta días, contados desde el siguiente al de la fecha del mismo asiento”.

²⁷ PAU PEDRÓN, A., La prioridad Registral.: un nuevo enfoque; *op. cit.* p. 56.

²⁸ PAU PEDRÓN, A., La Prioridad Registral: un nuevo enfoque; *op. cit.* pp. 57-59. Este autor da este nuevo enfoque de interpretación al art. 17 Lh (citando a Sanz, que defiende la misma idea, pero sin denominarlo oponibilidad, sino *fe pública registral*), como reflejo de *oponibilidad* (y no prioridad) de las inscripciones del Registro, de tal forma que no cabría cualquier inscripción de un título anterior en el tiempo, que pretendiese contradecir la inscripción ya practicada. Afirma sin embargo que el segundo párrafo del precepto sí recoge el principio de prioridad diciendo que tal principio “es la preferencia a la inscripción que corresponde a un título, entre dos o más que están presentados en el Registro y se refieren a un mismo inmueble, bien por haberse presentado antes, o bien porque así lo determine la calificación conjunta de todos los presentados”.

²⁹ Diccionario de la Real Academia Española [disponible en <https://dle.rae.es/prioridad>; fecha de última consulta: el 17/04/2020].

de determinación de la fecha de ingreso al Registro³⁰, y una vez concretada esta, el art. 17 Lh establece que lo inscrito con anterioridad no puede ser contradicho por otros títulos de igual fecha o anterior que sean incompatibles. Esto no significa otra cosa que ante los diversos títulos que puedan existir con respecto a un inmueble, será tenido en cuenta aquél que ingrese antes al Registro. Una vez que se haya producido la inscripción, entonces adquirirá la oponibilidad del registro *ex art. 32 Lh* y la presunción de veracidad *ex art. 38.I Lh*. Es decir, la inscripción registral tiene una oponibilidad reforzada derivada del Registro, pero la prioridad *ex art. 17 Lh* lo que determina es que si hay un conflicto entre títulos sobre un mismo bien, se consolidará la inscripción (con todo lo que ello conlleva) de aquello que se haya presentado antes, de manera que si otro titular ha sido perjudicado por la inscripción solo podrá recurrir a la rectificación del Registro (art. 40 Lh) porque la prioridad le ha dado los beneficios de la inscripción a aquél que accedió antes al Registro.

Este supuesto es el de presentación de títulos que son incompatibles entre sí, donde la prioridad registral tiene un efecto excluyente: el cierre registral³¹. Cuando se presentan distintos títulos al Registro pero que son compatibles entre sí y pueden coexistir con respecto a un inmueble el efecto de la prioridad no es excluyente, sino que establece un orden de prelación cronológica entre los títulos presentados en función de la fecha de ingreso. Esto ocurre inexorablemente con el derecho real de hipoteca, que no suscita incompatibilidades con otros de la misma clase, pues es posible que sobre un mismo bien pesen varias hipotecas.

³⁰ El art. 25 Lh muestra que el primero entre dos o más títulos presentados que deba acceder al Registro, será el de anterior hora de presentación.

³¹ Este efecto de la prioridad registral que tiene lugar cuando se presentan títulos incompatibles es el *cierre registral* (art. 1473 CC; art. 17, 24, 25, 34, 37 y 38 Lh). Se ha pronunciado sobre ello la Dirección General de los Registros y el Notariado (en adelante, DGRN), en resolución del 25 de agosto de 2011: “Por otra parte, y ya desde la perspectiva estrictamente registral, se confirma igualmente este criterio. La consideración de que el proceso de apremio administrativo y su resultado -el remate- han de verse inutilizados en beneficio de una adquisición que aun siendo anterior al embargo e incompatible con él, pretende su acceso al Registro después, resulta absolutamente incompatible con uno de los postulados básicos que rigen esta institución cual es el de la prioridad (cfr. artículo 17 de la Ley Hipotecaria). En efecto, por virtud de este principio, el título que primero accede al Registro determina, por esta sola razón, el cierre registral respecto de cualquiera otro que aun siendo anterior, resulte incompatible con él. Es indiferente que el título que primero accedió al Registro sea de peor condición que el incompatible, y que, en definitiva, haya de ceder ante él, pues mientras la inscripción de aquél subsista, este otro verá cerrado su reflejo registral y, puesto que aquella inscripción queda bajo la salvaguardia de los tribunales (artículos 1 y 38 de la Ley Hipotecaria), es obvio que será al titular incompatible a quien corresponderá la carga de impugnar judicialmente aquélla”.

Aquí la prioridad registral dará a cada título inscrito una posición en la hoja registral que se denomina rango hipotecario³². El rango actúa calificando y clasificando los derechos hipotecarios que coexisten sobre un mismo bien, de tal manera que otorgará preferencia de unos sobre todos, y establecerá un orden de prelación, permitiendo así la coexistencia de todos³³.

El rango tiene una razón de ser, la gradación y calificación que supone no es ociosa, sino que tiene diversas consecuencias que afectan a los distintos acreedores ante una ulterior ejecución o realización de valor³⁴. Tal circunstancia no debe confundirse con la prelación de créditos: si bien la hipoteca es accesoria del crédito, tiene cierta autonomía una del otro³⁵, por lo que el privilegio crediticio que pueda tener el crédito garantizado no debe interferir ni confundirse con los efectos del rango.

En tanto la hipoteca no se inscriba, el crédito garantizado podrá tener una posición más o menos privilegiada con respecto al resto de obligaciones con las que concurra, siguiendo las reglas de la prelación de créditos (arts. 1923 y 1927 CC)³⁶. Pero no habrá rango de la hipoteca hasta que no se inscriba en el Registro. Y a este respecto cuando accede al Registro y surge el derecho real, en palabras de CANALS BRAGE, nace el

³² CANALS BRAGE, F., CABELLO DE LOS COBOS MANCHA, L.M., ARNAIZ EGUREN, R. La certificación con efectos de cierre registral o de reserva de prioridad. *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, Vol. 70 (621), 1994: p. 666.: “En estos supuestos sí puede hablarse de «rango» en sentido propio. Se trata de derechos compatibles entre sí, a los cuales, una vez nacidos, el Registro les atribuye la «posición» o «rango» que resulta de su primacía temporal en el acceso a la publicidad registral. Se trata de supuestos en que el rango genera un efecto de prioridad ganada, en los términos que antes veíamos. Así el rango, en su fase estática, produce efectos de orden, jerarquía o escalafón de los derechos inscritos no incompatibles”.

³³ DE BUNES IBARRA, J M. El rango hipotecario: concepto, naturaleza y tributación; *op. cit.* pp. 4-9.

³⁴ *Vid. ut infra* apartado “4.2.3. La ejecución ante una pluralidad de hipotecas” de este trabajo.

³⁵ SAENZ DE JUBERA HIGUERO, B., Relación entre el crédito y la hipoteca: alcance del principio de accesoriedad, Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2009, p. 607.: “La hipoteca es un derecho real de garantía diferenciado del crédito que garantiza. Cada uno de estos derechos cuenta con un régimen legal, ámbito objetivo y funciones distintos. En la medida en que se trata de un verdadero derecho y no de una mera cualidad del crédito garantizado debe reconocérsele cierta autonomía, existencia y efectos propios”.

³⁶ CANALS BRAGE, F., La hipoteca como patrimonio de destino. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2013, p. 183: “La diferencia entre rango y privilegio -que puede verse como immanente a la distinción entre derechos reales y de crédito- resulta precisamente del CC, aunque parezca paradójico, como vimos, del juego de los arts. 1923 y 1927 -cuando atribuyen a la anotación de embargo preferencia precisamente solo respecto de créditos posteriores a la anotación, mientras que respecto de la hipoteca solo juega su propia fecha, que se impone tanto a créditos anteriores como posteriores, al margen de la propia fecha del crédito garantizado (obligación futura)-, y se consolida naturalmente una vez que se consagra en la LEC el sistema de purga de cargas posteriores”.

rango “con la creación del ámbito separado de responsabilidad y no cabe dentro de él cuestión alguna sobre fechas de créditos”³⁷.

En definitiva, los privilegios crediticios son “cualidades del crédito que no alteran su naturaleza personal y que exclusivamente determinan una anteposición en el pago en el caso de concurso con otros acreedores”³⁸. Por el contrario, el rango es una cualidad de la hipoteca, una situación derivada del orden registral de los asientos resultado del principio de prioridad, y que nace de la voluntad de las partes (a diferencia del privilegio crediticio, que surge *ex lege*). Además, el rango comporta una cierta autonomía con respecto de la hipoteca, en tanto en cuanto es disponible y negociable³⁹. En el caso de los privilegios, no cabe disponer de ellos sin el crédito. La preferencia determinará el orden de cobro de las obligaciones; el rango determinará, ante una ulterior ejecución qué asientos registrales subsistirán y cuáles serán cancelados⁴⁰.

4.2. RANGO Y VALOR DE LA HIPOTECA

El valor de una cosa o persona se mide por las cualidades que tiene y que son apreciadas o bien consideradas⁴¹. Si extrapolamos este concepto de valor al valor de un derecho, podríamos decir que su valor responde al grado de certeza de que vaya a poder ser ejercitado y obtener satisfacción de cumplimiento en su plenitud.

Por tanto, en cuanto a la hipoteca su valor residirá en su eficacia, esto es, en la “posibilidad que tiene el acreedor hipotecario de ejecutar el bien hipotecado, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, y hacerse pago con el crédito obtenido, con preferencia a otros posibles acreedores del deudor, o del propietario del bien hipotecado”⁴².

³⁷ CANALS BRAGE, F., La hipoteca como patrimonio de destino; *op. cit.* p. 185.

³⁸ RIVAS TORRALBA, R., Preferencia de cobro y rango hipotecario. *Manuales de formación continuada*, (2), 1999: p. 492, 1999. Con referencia y cita a su vez de GULLÓN BALLESTEROS. Comentario del Código Civil, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 2.064.

³⁹ En este sentido, *vid.* la SAP de Asturias núm. 279/2004, de 23 de junio.

⁴⁰ RIVAS TORRALBA, R., Preferencia de cobro y rango hipotecario; *op. cit.* pp. 492-495.

⁴¹ Diccionario de la Real Academia Española [<https://dle.rae.es/valor>; fecha de última consulta: el 29 de abril de 2020].

⁴² MARTINEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. La Hipoteca inmobiliaria. La anticresis; *op. cit.* p. 613.

Primeramente, conviene aclarar, continuando con lo introducido *ut supra* con respecto a los privilegios crediticios, que en caso de concurrir cualquier clase de créditos (incluido el crédito hipotecario), las reglas sobre prelación son las contenidas en el art. 1923 CC. Los créditos señalados en los apartados 1 y 2 del art. 1923 CC⁴³ son preferentes con respecto del crédito hipotecario; y el crédito hipotecario y refaccionario inscritos son preferentes con respecto del resto. Pero cuando concurren varios créditos hipotecarios sobre un mismo bien inmueble la preferencia derivada del principio *prior tempore potior iure* (art. 1927.2º CC)⁴⁴ y que otorga un rango a cada hipoteca inscrita, hace que cada hipoteca tenga preferencia con respecto a aquellas que accedieron al Registro más tarde y, por ello, tienen un rango inferior.

Así, el hecho de que se inicie un proceso de ejecución hipotecaria de una hipoteca de rango prioritario redundará en que las hipotecas posteriores sean canceladas, y por ende para su debida efectividad ante una ulterior ejecución, dependen del destino que vayan a tener las hipotecas anteriores de superior rango.

Es por ello que no es descabellado decir que el rango de una hipoteca es su propio valor, en cuanto a sus probabilidades de lograr una ejecución efectiva, y en cuanto a la mayor o menor dependencia que tiene una hipoteca respecto de las demás. Ciertamente no hay una valoración patrimonial cuantificable del rango, pero sí tiene consecuencias económicas trascendentales⁴⁵. Evidentemente no es algo totalmente separable de la hipoteca, con titularidad propia y que se pueda enajenar o transmitir (como sí lo es la hipoteca en su conjunto⁴⁶), pero sí tiene cierta autonomía, y muestra de ello, son los

⁴³ Art. 1923.1 y 2 CC: “1.º Los créditos a favor del Estado, sobre los bienes de los contribuyentes, por el importe de la última anualidad, vencida y no pagada, de los impuestos que graviten sobre ellos. 2.º Los créditos de los aseguradores, sobre los bienes asegurados, por los premios del seguro de dos años; y, si fuere el seguro mutuo, por los dos últimos dividendos que se hubiesen repartido.”.

⁴⁴ Art. 1927.2º CC: “Los créditos que gozan de preferencia con relación a determinados bienes inmuebles o derechos reales, excluyen a todos los demás por su importe hasta donde alcance el valor del inmueble o derecho real a que la preferencia se refiera. Si concurrieren dos o más créditos respecto a determinados inmuebles o derechos reales, se observarán, en cuanto a su respectiva prelación, las reglas siguientes: ... Los hipotecarios y refaccionarios, anotados o inscritos, que se expresan en el número 3.º del citado artículo 1923 y los comprendidos en el número 4.º del mismo gozarán de prelación entre sí por el orden de antigüedad de las respectivas inscripciones o anotaciones en el Registro de la Propiedad”.

⁴⁵ Conviene destacar que su alteración es un acto jurídico gravado por el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. Art. 30 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

⁴⁶ En este sentido, SAENZ DE JUBERA HIGUERO, B., Relación entre el crédito y la hipoteca: alcance del principio de accesoriedad; *op. cit.* p. 619., reconoce la posibilidad de la cesión aislada de la hipoteca: “No hay ninguna norma que expresamente prohíba la cesión de la hipoteca y la naturaleza de este derecho

negocios sobre el rango⁴⁷ que los acreedores hipotecarios realizan en búsqueda de una mejor posición en el escalafón, y aumentar así sus posibilidades para con la satisfacción de sus intereses.

4.2.1. Inmuebles con varias hipotecas

Tal como se ha dicho, el sentido y la razón de ser del rango hipotecario nace de la posibilidad de que concurren varios créditos hipotecarios inscritos en el Registro de la Propiedad sobre el mismo bien inmueble. Si la hipoteca se constituye en garantía del cumplimiento de una obligación (el crédito o préstamo), nada obsta para que el deudor solicite un nuevo préstamo y sea garantizado por hipoteca sobre el mismo bien; o incluso, que otro crédito con distinto deudor sea garantizado con una hipoteca sobre ese mismo inmueble. Por tanto, a cada hipoteca que grava el bien inmueble le acompaña una obligación distinta.

El art. 107.3 Lh establece esta posibilidad: “Podrán también hipotecarse: ...Los bienes anteriormente hipotecados, aunque lo estén con el pacto de no volverlos a hipotecar”. De modo que, a tenor de este precepto, cabría concluir la nulidad e ineficacia de un pacto de no volver a hipotecar. Esto por cuanto que constituir una hipoteca en un inmueble no limita el poder de disposición de este por su propietario. Por tanto, el propietario podrá enajenar el inmueble aun estando hipotecado y podrá seguir constituyendo derechos reales sobre él y, por ende, nuevas hipotecas⁴⁸.

real de garantía no obsta a su cesión aislada. Cabe la cesión aislada de la hipoteca sin el crédito con el fin de pasar a garantizar otro crédito. [...] La hipoteca necesita de un crédito para cumplir con su función, pero nada exige que su vida esté ligada siempre al mismo crédito”.

⁴⁷ RIVAS TORRALBA, R., Preferencia de cobro y rango hipotecario; *op. cit.* p. 493.: “No estamos rechazando la posibilidad de que el privilegio se transmita juntamente con el crédito; se trata de decir que no cabe disponer del privilegio conservando el crédito, a diferencia de lo que ocurre con el rango registral, cuya disponibilidad separada es algo admitido por la ley (cfr. art. 241 Rh.) y aceptado sin discusión”.

⁴⁸ Por tanto, la posibilidad de constituir varias hipotecas sobre un mismo inmueble y el hecho de que no pueda prohibirse hipotecar tiene su razón de ser en que la hipoteca no limita el poder de disposición. Cosa distinta es querer hipotecar un bien (ya no plurhipotecar, sino simplemente constituir una sola hipoteca) que previamente tiene sobre sí una prohibición de disponer o enajenar. A este respecto la DGRN, en conformidad con la jurisprudencia, dice que el establecimiento de prohibiciones de disponer es de aplicación restrictiva (en aras de proteger la libertad de tráfico, art. 348 CC). En resolución de 27 de febrero de 2019 resuelve que, si la prohibición es de enajenar y no de disponer en sentido amplio, sí podrá constituirse hipoteca. Por lo que *a sensu contrario*, no podrá constituirse hipoteca sobre inmueble afectado con prohibición de disponer. Pero constituir una hipoteca no limita *per se* el poder de disposición, y

La hipoteca, aunque establece una carga sobre el inmueble, no se extingue ni se cancela con la transmisión del bien. Ante una transmisión de este, el nuevo propietario se subrogará en las obligaciones y responsabilidad del hipotecante⁴⁹, y estará expuesto a una posible ejecución, tal como corresponde al tercer poseedor adquirente del bien hipotecado.

En cuanto a las diversas hipotecas, tal como se explicó *ut supra*⁵⁰ no necesariamente coinciden los sujetos de la obligación con los sujetos concertantes de la hipoteca. Por lo que tampoco tienen por qué coincidir los sujetos de las distintas hipotecas que recaen sobre un mismo bien. Sí que en todas las hipotecas el sujeto pasivo de la ejecución será el propietario del bien hipotecado ejecutado en ese momento, pudiendo tratarse de un hipotecante deudor, de un hipotecante no deudor o de un tercer poseedor adquirente del bien hipotecado. De igual forma, el hipotecante que constituye varias hipotecas sobre su bien inmueble, puede ser deudor de cada una de las obligaciones garantizadas en cada respectiva hipoteca, o ser deudor en algunas e hipotecante no deudor en otras. E incluso, el hipotecante en el caso de una de las hipotecas que recaigan sobre un bien inmueble puede ser una persona distinta al hipotecante que sobre ese mismo bien constituya otra hipoteca: este segundo hipotecante bien puede ser el tercer poseedor adquirente del bien hipotecado por la primera hipoteca, que a su vez constituye una segunda hipoteca.

Las sucesivas hipotecas, conforme al principio de prioridad, se inscribirán posteriormente y adquirirán un rango inferior y por ende de menos valor. Pero si el deudor ha constituido anteriormente una hipoteca garantizando un crédito con un acreedor, y después quiere constituir otro crédito hipotecario con el mismo acreedor ¿se deberá constituir nueva hipoteca (y por tanto de inferior rango), o podrá ampliar el capital garantizado de la hipoteca ya constituida?

siguiendo la doctrina de la DGRN, las prohibiciones de disposición deben ser limitadas y restrictivas, de ahí la posibilidad de gravar sucesivamente un inmueble con varias hipotecas, como parte del contenido del derecho de propiedad. En este sentido también la STS núm. 792/2009, de 16 de diciembre: “En nuestro ordenamiento jurídico no cabe establecer, salvo cuando se trata de negocios jurídicos a título gratuito y aun así limitadas en el tiempo, prohibiciones convencionales de enajenar los bienes. Otra cosa son las obligaciones de no disponer, que no tienen transcendencia real, y solo contenido meramente obligacional, que, según las circunstancias, pueden ser aceptadas y producir determinados efectos (obligacionales) [...] no cabe condicionar a un hipotecante con una prohibición de enajenar”.

⁴⁹ El art. 118 Lh, contempla la posibilidad de subrogación de la deuda garantizada en la venta del inmueble, además de la ya prevista subrogación en las responsabilidades hipotecarias.

⁵⁰ *Vid. ut supra* apartado “2.2. Sujetos y posesión del bien hipotecado” de este trabajo.

4.2.2. La ampliación del crédito hipotecario

El supuesto a analizar en este apartado es el de un deudor que tiene constituido un crédito hipotecario con un acreedor y se encuentra en la necesidad de constituir un nuevo crédito o préstamo cuyo acreedor va a ser el mismo. Como se ha estudiado en el epígrafe anterior, siempre cabrá la posibilidad de constituir una nueva hipoteca completamente independiente garantizando el nuevo crédito, pero tendrá un rango inferior de acuerdo con el principio de prioridad registral. Por lo tanto, para el acreedor la nueva hipoteca tendrá un menor valor⁵¹, sobre todo si hay hipotecas intermedias entre las dos hipotecas de las que es titular.

Por el contrario, se nos plantea la cuestión de si sería posible ampliar el capital del crédito ya garantizado con hipoteca en búsqueda de la salvaguarda de los derechos del acreedor hipotecario. A este respecto es necesario estudiar las posibilidades que existen y las consecuencias que conllevan con respecto al rango hipotecario.

Se debe comenzar diferenciando dos conceptos: la cifra o cuantía del crédito hipotecario; y la cifra de responsabilidad hipotecaria. La cifra del crédito es llanamente el importe de la obligación de origen constituida entre deudor y acreedor, que por lo general está sometida a la responsabilidad patrimonial universal *ex art. 1911 CC*; por el contrario, la cifra de responsabilidad hipotecaria es la cuantía del crédito que se haya garantizado con la hipoteca, y respecto de la cual responderá el bien hipotecado ante una ejecución⁵². El art. 105 Lh establece que la hipoteca no limitará la responsabilidad ilimitada del deudor del art. 1911 CC; por lo tanto, se debe concluir que si al ejercitarse la acción hipotecaria queda pendiente de satisfacer el resto del crédito que excede de la responsabilidad hipotecaria, el acreedor podrá exigir el total pendiente de pago al deudor con base en su responsabilidad universal. Sin embargo, el límite de responsabilidad hipotecaria tiene su trascendencia cuando la finca se ha transmitido y por lo tanto el tercer

⁵¹ Menor valor de la hipoteca en el sentido de menos posibilidades de satisfacción de su derecho, tal y como se ha explicado *ut supra* en el apartado “4.2. Rango y valor de la hipoteca” de este trabajo.

⁵² CANALS BRAGE, F. La ampliación del Derecho real de hipoteca en garantía de la ampliación del crédito garantizado. Algunas observaciones a la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN). *Revista crítica de Derecho inmobiliario* (678), 2003: p. 2276.

poseedor se ha subrogado en la hipoteca⁵³; y cuando haya titulares de cargas inscritas con posterioridad, en cuyo caso la responsabilidad hipotecaria actuará como límite y el remate irá destinado al resto de acreedores hipotecarios posteriores⁵⁴.

Hechas estas aclaraciones, y en lo que ahora aquí interesa con respecto al rango, la Ley 41/2007, de 7 de diciembre modificó el art. 4 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, resolviendo las consecuencias sobre el rango que tendrían estas modificaciones hipotecarias. Tras la modificación, el art. 4.3 de la Ley 2/1994 contempla la posibilidad de ampliar el capital del crédito sin pérdida de rango hipotecario, pero siempre y cuando no se incremente la cifra de responsabilidad hipotecaria. Por lo tanto, si la ampliación implica aumentar la cifra de responsabilidad, esta modificación hipotecaria implicará perder el rango prioritario, y por tanto funcionaría como la inscripción de una nueva hipoteca. Continúa indicando el precepto que en los casos en que se supere la cifra de responsabilidad, para mantener el rango prioritario, es necesario el consentimiento de los acreedores titulares de hipotecas posteriores, a razón de que, como se ha explicado, verían perjudicados sus derechos⁵⁵.

Vista la regulación, resta concretar las diversas posibilidades que tienen el deudor y el acreedor cuando quieren ampliar el crédito hipotecario. La DGRN ha venido a dar respuesta a esta cuestión en su resolución de 19 de septiembre de 2017. La DGRN contempla varios supuestos posibles ante una nueva obligación a garantizar: En primer lugar “se reconoce la posibilidad de la recarga de la hipoteca, entendida como la facultad de compensar las cantidades amortizadas del principal con los nuevos importes concedidos, siempre que la suma de éstos con el capital pendiente de amortización del préstamo primitivo no supere la cifra de capital inicialmente concedido, aunque existan acreedores intermedios, y con el mantenimiento del rango de la hipoteca que seguirá siendo única”; en segundo lugar, si la ampliación del capital del préstamo excede la

⁵³ En tal supuesto el tercer poseedor solo responderá por la cuantía garantizada por la hipoteca, esto es, la responsabilidad hipotecaria.

⁵⁴ *Vid.* RDGRN de 9 de marzo de 2017.

⁵⁵ CARRASCO PERERA, Á., CORDERO LOBATO, E. y MARÍN LÓPEZ, M.J., Tratado derechos de garantía. Capítulo 19, Transmisión, gravamen y novación del derecho de hipoteca. V La modificación del crédito hipotecario; *op. cit.*: “De este modo, en su nueva versión, la Ley 2/1994 viene a permitir algo que, antes de la Ley 41/2007, la DGRN no había tolerado: que, sin pérdida del rango y sin necesidad de que consientan los acreedores intermedios, puedan solicitarse ampliaciones del crédito hasta la cifra de responsabilidad hipotecaria inicialmente asegurada (sin incrementarla), valiéndose precisamente de la reducción de la deuda primeramente garantizada”.

cuantía recargable, el exceso constituirá una segunda hipoteca; y en tercer lugar, se podrá prescindir de la recarga y constituir la segunda hipoteca directamente⁵⁶. Por lo tanto, las ampliaciones de crédito que excedan del límite recargable o de la cifra de responsabilidad hipotecaria se inscribirán como una nueva hipoteca con su propio rango y su propia responsabilidad hipotecaria.

Ante las dos últimas opciones pone de manifiesto esta Dirección General que si no hay titulares de cargas posteriores nada obsta a constituir una hipoteca única aunque ello suponga ampliar la cifra de responsabilidad hipotecaria. A este respecto, el art. 4.3 de la Ley 2/1994 tiene su razón de ser en el supuesto de inmuebles sobre los que pesen varias hipotecas, pues es en este caso en el que los acreedores verían perjudicados sus derechos ante una ampliación de la cifra de responsabilidad hipotecaria de una hipoteca de rango prioritario⁵⁷. Es por ello que solo podrá modificarse el crédito hipotecario con reserva de rango cuando eso no implique aumentar la cifra de responsabilidad hipotecaria o bien los titulares de cargas posteriores presten su consentimiento ante tal ampliación.

Resta decir que también la DGRN en esta clarificadora resolución, pone de manifiesto que la ampliación del préstamo no supone *per se* la ampliación de la cifra de responsabilidad hipotecaria, ni tampoco la ampliación del plazo puede suponer una pérdida de rango, en atención a una interpretación literal del art. 4 de la Ley 2/1994. Por lo tanto, si las partes quieren modificar el crédito y aumentar su cuantía, pueden hacerlo y de hecho la hipoteca ya constituida mantendrá su rango. Pero toda la cuantía ampliada que exceda de la responsabilidad hipotecaria saldrá fuera de la cobertura de la garantía hipotecaria y pasará al ámbito de la responsabilidad personal del deudor.

Todo lo expuesto no es óbice para que si las partes quieren mantener la dicotomía de la responsabilidad hipotecaria, ello sea posible y la denominada ampliación inscribible, pero como una segunda hipoteca, lo que debe resultar claramente de la correspondiente escritura, ya que, como señala la Resolución de la Dirección General de 12 de mayo de

⁵⁶ En este sentido *vid.* también la RDGRN de 14 de mayo de 2015.

⁵⁷ Continúa la DGRN en esta resolución: “En este sentido ya la Resolución de 24 de febrero de 2014 señalaba que la doctrina antes expuesta de la Dirección General sobre que la ampliación del principal supone el fraccionamiento de la responsabilidad hipotecaria en dos partes, una la de la constitución propiamente dicha y otra la de ampliación, viniendo a equipararse esta última a una segunda hipoteca, hay que entenderla referida básicamente a los supuestos de existencia de cargas o titularidades intermedias entre la constitución inicial o la ampliación; de suerte que, no existiendo tales cargas o titularidades intermedias, ha de primar la voluntad de las partes de establecer un único y uniforme régimen jurídico contractual para la obligación resultante de la ampliación, o, si se quiere, para la total deuda resultante de la acumulación de dos obligaciones, unificando su pago a los efectos del artículo 1169 del Código Civil”.

2011, cuando la responsabilidad hipotecaria correspondiente al capital inicial y a la ampliación del mismo no se configure de modo uniforme, en la inscripción registral debe quedar perfectamente claro que existen dos hipotecas (la del préstamo inicial y la del importe ampliado), cada una con su propio rango, con la exacta determinación por separado de sus respectivas responsabilidades hipotecarias por los diferentes conceptos.

4.2.3. La ejecución ante una pluralidad de hipotecas

En puridad, la consecuencia directa registral de plurihipotecar un bien es el destino que deparará al resto de hipotecas cuando una de ellas se ejecuta. Esto, en definitiva, es la razón de ser del rango: qué hipotecas pervivirán y cuáles se extinguirán.

El acreedor hipotecario que ve insatisfecho su crédito tiene a su disposición la acción hipotecaria (arts. 681 y ss. LEC) y, al ejercitarla, tendrá una primera consecuencia registral: las cargas posteriores que recaigan sobre ese bien se extinguirán (art. 134 I Lh) y las prioritarias pervivirán afectadas al bien. En el caso de las hipotecas que se hayan constituido en igualdad de rango⁵⁸, que ocupan la misma posición en el Registro que la hipoteca ejecutada, pervivirán conservando su rango (art. 227 Rh).

Una vez ejercitada la acción se procederá a la subasta⁵⁹ del bien con el objeto de que el acreedor obtenga el importe necesario para satisfacer el crédito. Como las hipotecas de rango prioritario perviven, el adjudicatario se subrogará en la responsabilidad hipotecaria y deberá responder ante posibles ejecuciones futuras (arts. 668.2. II, 669.2 y 670.5 LEC).

El art. 692 LEC regula el destino del precio obtenido en la subasta y, a este respecto, el acreedor lo utilizará para satisfacer su crédito dentro del límite de la cifra de responsabilidad hipotecaria. Si esta cifra es menor al crédito total, el destino del remate (si lo hay) dependerá de si hay hipotecas o cargas de inferior rango o no. Si efectivamente las hay, el remate irá destinado a satisfacer a los acreedores posteriores, y una vez

⁵⁸ *Vid ut infra* apartado “4.3.4. Igualdad de rango” de este trabajo.

⁵⁹ ADÁN GARCÍA, M.E., La ejecución directa de los bienes hipotecados. Un procedimiento de base registral. *Manuales de formación continuada*, (50,2), 2009: p. 890. La realización de valor supone normalmente la realización de la subasta, aunque la Ley de Enjuiciamiento Civil permite otras opciones como son el convenio de realización (art. 640 LEC) o la realización por entidad especializada (art. 641 LEC).

satisfechos si sobrase algo (remanente) sería para el propietario; y si no las hubiese, el sobrante sería directamente para el propietario. Este es el caso en que el propietario es un hipotecante no deudor o un tercer poseedor, y en este sentido, insatisfecha una parte del crédito el acreedor aún dispondrá de la acción personal para dirigirse frente al deudor para satisfacer la deuda pendiente no cubierta por la responsabilidad hipotecaria⁶⁰. Si por el contrario estamos ante un hipotecante deudor el remate se destinará en primer lugar a los titulares de cargas posteriores (si las hubiese) y el resto será para el ejecutante, con el fin de satisfacer el resto del crédito insatisfecho.

A su vez en el proceso de subasta pueden darse dos escenarios en función de si se presenta un postor o no. Si lo hay, este devendrá adjudicatario y adquirirá libre de cargas el inmueble si la hipoteca ejecutada era la primera; o si la ejecutada era una segunda o ulterior hipoteca, deberá subrogarse en la responsabilidad hipotecaria de la hipoteca o cargas anteriores. Pero si se da la situación de que no haya ningún postor, el acreedor podrá adjudicarse el bien en el plazo de 20 días y, de no hacerlo, se procederá al alzamiento del embargo (art. 671 LEC). Si opta por adjudicarse el bien lo hará por el 50% del valor de subasta o por la cantidad que se le adeuda, en caso de que no sea la vivienda habitual del deudor; en caso de que sea la vivienda habitual podrá adjudicársela por el 70%, o, si se la quisiese adjudicar por la cantidad que se le adeuda pero ésta es inferior al 70%, podrá adjudicársela por el 60% (art. 671 LEC).

Si el ejecutante opta por adjudicarse el bien, quedando subrogado respecto de las cargas anteriores⁶¹, surge la cuestión de qué ocurriría si el ejecutante es además titular de otros derechos hipotecarios sobre el mismo bien. Pues bien, si ese derecho hipotecario fuese de rango posterior a la hipoteca ya ejecutada, esa carga se extinguiría por efectos de la ejecución y, por tanto, el ejecutante deberá optar por la acción personal para satisfacer su crédito. Pero si fuese de rango prioritario a la hipoteca ejecutada, el resultado es que esa hipoteca prioritaria quedará extinguida por consolidación, por coincidir en la misma persona el adjudicatario subrogado nuevo propietario del bien y el acreedor

⁶⁰ MARTINEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. La Hipoteca inmobiliaria. La anticresis; *op. cit.* p. 621.

⁶¹ A este respecto, el Tribunal Supremo sienta doctrina en su STS núm. 497/2016, de 19 de julio, manifestando que el alcance de la subrogación del adjudicatario se limita a la carga real, sin alcanzar la deuda garantizada: “la subrogación se produce respecto de la carga y no respecto de la deuda que tal carga asegura, esto es, la subrogación al amparo del precepto, acontece sobre el deber de naturaleza real de soportar la realización forzosa del bien para satisfacer el crédito asegurado y no en asumir forzosamente la posición del deudor en la relación obligacional objeto de la garantía hipotecaria”.

hipotecario (art. 1192 CC)⁶², e igualmente, deberá acudir a la acción personal para cobrar el crédito garantizado con esa hipoteca extinguida por consolidación.

4.3. NEGOCIOS SOBRE EL RANGO

Tal como se ha venido adelantando, el rango es una cualidad de la hipoteca que condiciona su valor. Si bien es cierto que no hay rango sin hipoteca, el rango tiene cierto grado de autonomía y, dado el valor⁶³ que aporta a la hipoteca, los acreedores querrían tener la posibilidad de cambiar su posición en el Registro. Pero alterar el rango que adquiere una hipoteca al acceder al Registro supondría excepcionar el principio de prioridad registral.

Pero, aun vulnerando este principio, existe tal posibilidad y la doctrina ha fundamentado la celebración de estos negocios por un lado en el art. 1255 CC, con las únicas limitaciones que el propio Código impone como límites a la autonomía de la voluntad de las partes (la ley, la moral y el orden público); y, por otro lado, en el hecho de que el principio de prioridad, aun rigiendo el funcionamiento normal del Registro, no excluye la posibilidad a las partes de poder llegar a un acuerdo para cambiar su rango⁶⁴.

En palabras de DE REINA⁶⁵ la negociación del rango se puede definir como “la alteración (del rango) ganado por el derecho real inscrito que se verá bien anticipado respecto del propio de otro derecho real previamente constituido, o bien postergado respecto de otro igualmente constituido o también en este caso de futura constitución”.

En cuanto a los tipos de negocios sobre el rango tradicionalmente se han considerado la permuta, la posposición y la reserva. Sin embargo, también podemos incluir entre estos negocios a la igualdad de rango. Aunque todos ellos suponen una

⁶² Vid en este sentido la STS núm. 47/1998, de 30 enero: “por la inscripción de la adjudicación ARESBANK pasa a ser el último dueño de la finca núm. 2651 pero, según consta en la inscripción tercera de la misma finca también ARESBANK es acreedor hipotecario, con potencialidad realizadora, sobre la misma finca. Como en España no está admitida la hipoteca sobre cosa propia, al confluir en el mismo titular, los conceptos de dueño y acreedor hipotecario (dueño y detentador de la hipoteca) el resultado es extintivo: la hipoteca se extingue por confusión [*sic.*] de derechos”; en similar sentido, SAP de Zaragoza núm. 305/2003, de 23 de mayo; RDGRN de 9 de enero de 2019.

⁶³ Valor en el sentido explicado *ut supra* en el apartado “4.2. Rango y valor de la hipoteca” de este trabajo.

⁶⁴ CONCEIRO DEL RÍO, J. Negocios sobre el rango hipotecario; *op. cit.*: p. 1570.

⁶⁵ CANALS BRAGE, F., La hipoteca como patrimonio de destino; *op. cit.* p. 186.

excepción a la aplicación del principio de prioridad, respecto a la permuta, la posposición y la reserva suponen un doble movimiento de los rangos hipotecarios, uno se adelanta y otro retrocede; en el caso de la igualdad de rango uno de los derechos transita por el Registro mientras el igualado permanece inactivo⁶⁶. Por lo tanto, en atención a incluir a la igualdad de rango hipotecario en el compendio de negocios sobre el rango⁶⁷ la definición expuesta *ut supra* no es demasiado oportuna, puesto que la igualdad de rango no implica una recíproca anticipación y postergación. Para incluirla deberíamos redefinir el negocio sobre el rango como aquel pacto realizado entre los titulares de derechos inscritos (o que se van a inscribir en el futuro) buscando obtener un rango distinto que no tendrían de no haber realizado dicho pacto.

En cuanto a los requisitos generales de los negocios sobre el rango está por un lado el cumplimiento de los requisitos *ex art.* 1261 CC dada su naturaleza contractual. En segundo lugar, y en cuanto a la forma, no requieren de escritura pública para su validez. Aunque tal y como hemos visto *ut supra*⁶⁸ la inscripción del derecho real de hipoteca es constitutiva, la inscripción de los negocios sobre el rango hipotecario es meramente declarativa, sin perjuicio de que para que surta efecto frente a terceros sea preciso su inscripción en el Registro (y por ende otorgar escritura pública)⁶⁹.

4.3.1. Permuta

Conforme al art. 1538 CC, la permuta es el contrato por el que una de las partes “se obliga a dar una cosa para recibir otra”. Es en definitiva un intercambio y la permuta

⁶⁶ En este sentido, DE REINA TARTIÈRE, G., La igualdad de rango hipotecario; *op. cit.*: p. 600. En este supuesto solo uno de los derechos de hipoteca “va a transitar por el Registro, permaneciendo el otro en completa inactividad”.

⁶⁷ DE REINA TARTIÈRE, G., La igualdad de rango hipotecario; *op. cit.*: p. 600; CONCEIRO DEL RÍO, J. Negocios sobre el rango hipotecario; *op. cit.* p. 1571; DE REINA TARTIÈRE, G., El negocio jurídico sobre el rango hipotecario; *op. cit.* p. 361. Por contra, MARTINEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. La Hipoteca inmobiliaria. La anticresis; *op. cit.*, p. 617, aunque explica la igualdad de rango y aprueba su existencia, no la incluye entre los negocios, diciendo de estos que “en todos los casos que veremos hay una hipoteca que pierde rango (y eso es la posposición) a favor de otra, ya constituida (permuta de rango), o futura (posposición de rango en sentido estricto)”.

⁶⁸ *Vid. ut supra* el apartado “3.2.2. La inscripción registral constitutiva” de este trabajo.

⁶⁹ CARRASCO PERERA, Á., CORDERO LOBATO, E. y MARÍN LÓPEZ, M.J., Tratado derechos de garantía. Capítulo 19 Transmisión, gravamen y novación del derecho de hipoteca. VII Los negocios de modificación del rango hipotecario; *op. cit.*

de rango no es algo diferente, es el negocio por el cual los acreedores que son partes de él intercambian sus posiciones en el Registro, esto es, su rango.

Ambas permutas son intercambios, sin embargo DE REINA⁷⁰ se cuestiona si es correcto hablar de permuta en el caso del rango por cuanto que, si bien en la permuta civil ambas partes realizan el contrato buscando satisfacer sus intereses mutuos, en el caso de la permuta de rango el titular de mejor rango que se ve relevado con el negocio no obtiene beneficio alguno. Sobre esto la doctrina se divide entre considerar que no hay permuta por no haber equivalencia de prestaciones (GARCÍA GARCÍA); o considerar que, aun con todo, la hipoteca relevada en rango sigue obteniendo un beneficio, pues seguirá siendo preferente ante las que permanezcan en rangos posteriores (ROCA). Compartiendo la conclusión de DE REINA, se debe considerar que la permuta de rango variará en su naturaleza en función de si el cedente de rango obtiene un precio adicional (permuta onerosa) o no (permuta lucrativa). Pero en definitiva en lo que respecta a su identificación como permuta, se debe entender como una permuta por la mera circunstancia de que se hace un intercambio, pero no porque se identifique en su naturaleza con la permuta civil.

Por lo tanto, la permuta de rango es el negocio llevado a cabo por dos titulares inscritos mediante el cual el de rango prioritario (cedente) cede su rango viéndose pospuesto ante el otro titular (cesionario) que se ve antepuesto, de forma que cada uno de ellos ocupa el rango que ostentaba la otra parte.

Sobre el consentimiento de los acreedores intermedios diversos autores discuten y adoptan diferentes posturas sobre si es necesario tal consentimiento. De entre las diversas teorías comparto la que defiende que no sería preciso, en principio, prestar el consentimiento, pues los acreedores intermedios no se verían perjudicados si las hipotecas son de igual condición, es decir, que tienen una misma cifra de responsabilidad hipotecaria y un mismo plazo. Sin embargo, sí sería necesario el consentimiento en el supuesto de que la permuta implicase un cambio en la cuantía o plazo de las hipotecas permutadas, pudiendo perjudicarles (GARCÍA GARCÍA)⁷¹.

⁷⁰ DE REINA TARTIÈRE, G., El negocio jurídico sobre el rango hipotecario. *Revista jurídica del notariado* (72), 2009: pp. 362-364.

⁷¹ CONCHEIRO DEL RÍO, J. Negocios sobre el rango hipotecario; *op. cit.* p.1572.

4.3.2. Posposición

La posposición de rango es el negocio que implica que el titular inscrito experimente un retroceso de su rango en favor de otro que se verá adelantado. En una primera aproximación podríamos pensar si es necesario un estudio diferenciado de la posposición y la permuta, pues *de facto* ambas tienen la misma consecuencia: la postergación de un titular en favor de otro. Sin embargo, hay elementos que las diferencian y permiten su consideración independiente.

La diferencia entre ellos radica en las reglas que de base originan esa postergación. Mientras que en el caso de la permuta hablamos de un negocio bilateral basado únicamente en la voluntad de las partes, en la posposición estamos ante una actuación unilateral por parte del titular que se pospone de manera que éste retrocede y el titular que ocupa su puesto no lo hace a consecuencia de un acuerdo, sino a consecuencia de las reglas del avance de puestos⁷². Esta circunstancia de que la posposición sea un efecto del avance de puestos implica que debe ocurrir necesariamente entre derechos que sean contiguos en el Registro⁷³.

Aunque la unilateralidad es lo que principalmente diferencia a la posposición de la permuta, también podría hacerse de forma bilateral en el supuesto de que se pacte otorgar un precio, pero en principio con la declaración unilateral sería suficiente⁷⁴. En cuanto a si la posposición debe ser necesariamente unilateral para considerar al negocio como posposición hay debate doctrinal al respecto. Mientras que CONCHEIRO⁷⁵ considera que hablando de la posposición *strictu sensu* debe ser necesariamente un acto unilateral y que de ser un negocio bilateral ya no podríamos estar hablando de posposición sino de permuta, DE REINA no exige que deba ser un negocio unilateral sino que podría pactarse de forma bilateral (en consonancia con LACRUZ y la DGRN⁷⁶). En este sentido

⁷² QUESADA GONZÁLEZ, M. C. El rango hipotecario. Estudio crítico del sistema romano o latino de avance de puestos. *Revista crítica de Derecho inmobiliario*. (641): 1997, pp. 1318-1319. Es sistema romano de avance de puestos vigente hoy en día supone que “la desaparición de una hipoteca aprovecha a los acreedores hipotecarios posteriores, pues su derecho de hipoteca avanza entonces automática y mejora de rango”.

⁷³ DE REINA TARTIÈRE, G., El negocio jurídico sobre el rango hipotecario; *op. cit.* pp. 375-378. Aunque hay diferentes posturas en lo referente a las cualidades de la posposición de rango, en general esta es la tendencia de la doctrina y la asumida por la DGRN en su Resolución de 4 de noviembre del 2000.

⁷⁴ DE REINA TARTIÈRE, G., El negocio jurídico sobre el rango hipotecario; *op. cit.* p. 379.

⁷⁵ CONCHEIRO DEL RÍO, J. Negocios sobre el rango hipotecario; *op. cit.* p. 1573.

⁷⁶ DE REINA TARTIÈRE, G., El negocio jurídico sobre el rango hipotecario; *op. cit.* pp. 377-379.

a mi parecer, aceptar la posposición como un negocio bilateral supone separarla de la permuta con una línea muy fina, de forma que la única diferencia entre ellas sería la contigüidad de los derechos en el Registro, luego en esta comparación la permuta ya no podría ser de derechos contiguos porque en este supuesto sería el mismo negocio que una posposición bilateral. Ante esta confusión y teniendo en cuenta que la posposición se basa en las reglas de avance de puestos consideraría más oportuno identificar la posposición como un negocio unilateral de acuerdo con la tesis de CONCHEIRO.

4.3.3. Reserva

El art. 241 Rh es en el que debemos fijarnos para estudiar la reserva de rango. Tal precepto se encabeza bajo el título “posposición de la hipoteca”, aunque la doctrina ha asumido que tal precepto no es aplicable a la posposición *strictu sensu* explicada *ut supra*, sino que se aplica a su variante la posposición con reserva de rango, que es la estudiada en este epígrafe.

La principal nota distintiva de la reserva de rango, en relación con la posposición y la permuta, es que mientras éstas se llevan a cabo entre derechos ya inscritos, aquella se lleva a cabo entre un derecho inscrito y otro de constitución futura. De tal manera que la reserva se erige como un negocio que no tiene eficacia inmediata sino que es un aviso de un cambio de rango que ocurrirá cuando se inscriba la hipoteca futura⁷⁷.

Lo que requiere el art. 241 Rh para realizar el negocio es en primer lugar el consentimiento del titular que va a ser pospuesto; determinar la responsabilidad máxima y plazo de la hipoteca futura; y que la hipoteca futura se inscriba dentro del plazo que hubieran convenido las partes.

El precepto hace alusión a un plazo “necesariamente convenido” lo cual llama la atención teniendo en cuenta que la posposición es un negocio unilateral. DE REINA⁷⁸ considera que ese acuerdo de plazo deberá hacerse entre el acreedor pospuesto y el dueño, aunque menciona que DÍEZ-PICAZO considera que siendo posible la posposición unilateral también es posible la fijación unilateral del plazo. Tal como señala el último

⁷⁷ DE REINA TARTIÈRE, G., El negocio jurídico sobre el rango hipotecario; *op. cit.* p. 383.

⁷⁸ DE REINA TARTIÈRE, G., El negocio jurídico sobre el rango hipotecario; *op. cit.* pp. 398-399.

párrafo del precepto, concluido el plazo de caducidad se perderá la posposición, lo cual no implica que no pueda inscribirse la nueva hipoteca, sino que en ese caso se inscribirá obteniendo el rango propio de su fecha de ingreso de acuerdo con el principio de prioridad.

Inscrita la hipoteca futura dentro del plazo previsto, ésta tendrá un rango prioritario con respecto a la pospuesta. Por tanto, la reserva no implica un distanciamiento de varios puestos entre las dos hipotecas, sino que resultarán contiguas. Puede surgir, que mientras pasa el tiempo hasta que se inscriba la hipoteca futura se inscriban nuevos derechos hipotecarios, que tendrán la consideración de acreedores intermedios de los que se precisará su consentimiento para que la posposición tenga lugar⁷⁹. Es oportuno mencionar también que, dado que la hipoteca futura ingresará en el Registro con rango prioritario a la pospuesta a consecuencia de la reserva, si la hipoteca que se va a posponer se extinguiera antes, también se extinguirá la reserva y la hipoteca futura tendrá que ingresar y obtener su rango conforme al principio de prioridad registral⁸⁰. Por tanto, el buen fin del negocio dependerá de que la hipoteca que se posterga continúe existiendo mientras dure el plazo.

4.3.4. Igualdad de rango

La igualdad de rango está admitida en nuestro Derecho, pero escasamente regulada. En la legislación hipotecaria encontramos una mención a las hipotecas del mismo rango en el art. 227 Rh⁸¹, admitiendo indirectamente que existen. Ante esta escasa regulación, la SAP de Asturias núm. 279/2004 de 23 de junio, partiendo de la existencia de los negocios sobre el rango considera que nada obsta para reconocer la validez de la igualdad de rango hipotecario. Concluye que en cuanto a la regulación debe aplicarse analógicamente lo previsto para la posposición de rango, dado que igualar una hipoteca

⁷⁹ DE REINA TARTIÈRE, G., El negocio jurídico sobre el rango hipotecario; *op. cit.* p. 401.

⁸⁰ DE REINA TARTIÈRE, G., El negocio jurídico sobre el rango hipotecario; *op. cit.* p. 402.

⁸¹ Art. 227 Rh: “Se considerarán preferentes, a los efectos del artículo 131 de la Ley, las cargas o gravámenes simultáneos o del mismo rango que el crédito del actor”.

en rango a otra, supone en definitiva posponer a las posteriores que ya se encontraban inscritas en el Registro⁸².

El art. 227 Rh es una norma cuasi procesal. Lo que nos indica es cuál será el destino de las “cargas o gravámenes del mismo rango” si se ejecuta la hipoteca que comparte su rango. Y a este respecto contempla que, si se ejecuta una de las dos hipotecas, la igualitaria mantendrá su rango prioritario, es decir, que no se extinguirá (como si lo harán las posteriores).

Se debe tener claro, que la igualdad de rango hipotecario no es un resultado natural de la hipoteca; lo natural cuando se constituye una nueva hipoteca sería obtener un nuevo y posterior rango. Por tanto, la igualdad, nace de una actuación específica de las partes. Al igual que en otros negocios sobre el rango estudiados, la intervención de las partes busca evitar el resultado de la aplicación del principio *prior tempore potior iure*.

Se habla de la igualdad de rango clasificándola en distintos subtipos en función de la perspectiva de estudio. En primer lugar, absoluta o relativa: La igualdad absoluta se refiere a la cotitularidad del derecho hipotecario por varios acreedores, de forma que de ejecutar uno su parte, quedaría vigente la parte de carga o gravamen correspondiente a los demás acreedores cotitulares; la igualdad relativa se refiere a dos derechos hipotecarios diferentes que garantizan dos créditos independientes, y que han pactado una igualdad de rango⁸³. En segundo lugar, en el mismo sentido que la primera pero empleando otra terminología, objetiva (se corresponde con la absoluta) o subjetiva (relativa). Y en tercer lugar, legal o negocial, según sea una igualdad que nace *ex lege* o derivada de un pacto entre las partes.

En Derecho español, lo habitual es que la igualdad de rango sea negocial⁸⁴. Y podrá ser una igualdad de rango que nazca de un pacto en el momento de su constitución

⁸² Continúa la Audiencia aclarando que “Ello, claro está, siempre que no se perjudiquen los derechos de terceros, precisándose, por supuesto, el consentimiento de los titulares de las hipotecas o anotaciones intermedias, si existiesen, que pudieran resultar afectados por ese pacto”.

⁸³ DE REINA TARTIÈRE, G., La igualdad de rango hipotecario. *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, (706), 2008: pp. 602-603. El autor escoge la distinción entre igualdad de rango absoluta o relativa como la más óptima, y es la que de hecho escoge para el estudio de la igualdad de rango. A mi modo de ver es más acertado considerar la “igualdad relativa” como el verdadero supuesto de igualdad de rango hipotecario. En la absoluta, no habrá separación de la hipoteca “en dos” en tanto en cuanto uno de los acreedores ejecute por la parte que le corresponde (al amparo del art. 227 Rh), y en tal caso sí, la parte que resta mantendrá su rango; pero hasta ese momento la hipoteca, en régimen de cotitularidad, sigue siendo única y así se constituyó como una sola, con un único rango.

⁸⁴ Resolución de la Dirección General de Tributos de 9 de octubre de 2017.

o una igualdad de rango que nazca de igualar la nueva hipoteca a una preexistente. En el primer supuesto (igualdad de rango originaria), debe hacerse constar esa voluntad de igualdad en la escritura de constitución si ambas se constituyen en la misma escritura), o presentarse simultáneamente si se realizan en escrituras diferentes (art. 422.I Rh). En el segundo supuesto (igualar el rango de la nueva hipoteca a otra preexistente), será necesario el consentimiento del titular de la hipoteca preexistente y, en su caso, de los titulares de las restantes hipotecas inferiores, debido al perjuicio que puede suponer para ellos esta alteración de rango⁸⁵.

Vista la posibilidad de igualar el rango en varias hipotecas, se debe mencionar las consecuencias de la extinción de una ellas. Ante el funcionamiento normal del rango, con la extinción voluntaria de una hipoteca, el resto se elevan en rango, ocupando el hueco preferente que ha quedado vacío. Si en la posición preferente hay dos hipotecas de igual rango, no es suficiente la extinción de una para que las demás eleven su rango, sino que, para que eso ocurra, las dos deberán extinguirse. Si solo lo hace una, la que queda, ocupará la totalidad del puesto registral, manteniéndose en el rango preferente ella sola⁸⁶.

5. CONCLUSIONES

I.- La hipoteca inmobiliaria es una institución que en su nacimiento se desdobra en dos fases con distintos grados de eficacia. En su primera fase la hipoteca es un contrato que surtirá únicamente efectos *inter partes* si la constitución de la hipoteca se detiene en este momento. En su siguiente fase la hipoteca muta para constituirse como derecho real con eficacia *erga omnes*. De modo que la hipoteca como derecho real de garantía es un derecho de progresiva formación.

⁸⁵ CARRASCO PERERA, Á., CORDERO LOBATO, E. y MARÍN LÓPEZ, M.J., Tratado derechos de garantía. Capítulo 15, La constitución de la hipoteca inmobiliaria. XI La constitución de hipotecas del mismo rango; *op. cit.*

⁸⁶ DE REINA TARTIÈRE, G., La igualdad de rango hipotecario; *op. cit.* p. 601; citando a ALTERINI, Rango Hipotecario: reserva, permuta, posposición, coparticipación. *Revista del Notariado*, (720), 1974: p. 2.043: “al sobrevenir la extinción de hipotecas constituidas en el mismo grado, la o las restantes de extienden automáticamente, como una suerte de *expansión lateral*, para cubrir los lugares dejados por las hipotecas de igual grado”.

II.- A diferencia de la mayoría de derechos reales, la hipoteca no implica desplazamiento posesorio, por lo que la publicidad que en otros derechos reales da la posesión, en la hipoteca es suplida por la inscripción registral. Esto supone que la inscripción registral para la hipoteca es constitutiva, que actúa como requisito ineludible para que nazca como derecho real.

III.- Al acceder al Registro la inscripción se regirá por el principio de prioridad registral y, a consecuencia de ello, cada hipoteca inscrita adquirirá un rango hipotecario. En este sentido, el rango existe cuando los derechos inscritos son compatibles, como lo es la hipoteca, y por tanto, ordenará cronológicamente la pluralidad de hipotecas que recaigan sobre una misma finca.

IV.- Siendo el rango una cualidad de la hipoteca, también condiciona su valor. El rango supone el valor de la hipoteca por la relación que éste tiene con la ejecución hipotecaria. Así mismo, ante una ejecución las cargas posteriores se extinguen y las anteriores perviven, por lo que el acreedor titular de una hipoteca prioritaria tendrá más probabilidades de ver satisfecho su crédito. Por lo tanto, la razón de ser del rango es determinar el destino de las hipotecas inscritas cuando una de ellas se ejecuta.

V.- En atención al valor que un determinado rango otorga a una hipoteca, los acreedores hipotecarios pueden estar interesados en modificarlo. Y aunque el rango existe en la medida en que existe una hipoteca inscrita, el rango tiene cierta autonomía, y es por ello por lo que los acreedores pueden realizar diversos negocios sobre el rango, que modificarán su posición en el Registro sin que ello implique un cambio de titularidades.

VI.- A modo de colofón, destacar que la hipoteca es una institución de gran trascendencia en nuestro Derecho y de especiales características. Así mismo, en un primer momento con un carácter contractual, actuará en el ámbito de las obligaciones y los contratos; adquiere después carácter de derecho real, adquiriendo las cualidades que a este respecto le son propias; y en su caso, llegando a su plena eficacia operando en el ámbito procesal, disponiendo de una acción privilegiada y un procedimiento sumario. En todo este proceso actúa como nexo de unión el Registro de la Propiedad: la inscripción determinará que exista el derecho real y a su vez permitirá que pueda existir el procedimiento de ejecución hipotecaria, como máxima expresión de la función de la hipoteca. Y además otorgará un rango para posibilitar la coexistencia de derechos

hipotecarios y actuará en consonancia con el proceso de ejecución para determinar el destino de las hipotecas, y del remate y remanente obtenidos.

BIBLIOGRAFÍA

ADÁN GARCÍA, M.E., La ejecución directa de los bienes hipotecados. Un procedimiento de base registral. *Manuales de formación continuada*, (50,2), 2009: pp. 805-942.

CANALS BRAGE, F. La ampliación del Derecho real de hipoteca en garantía de la ampliación del crédito garantizado. Algunas observaciones a la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN). *Revista crítica de Derecho inmobiliario* (678), 2003: pp. 2256-2296.

CANALS BRAGE, F., CABELLO DE LOS COBOS MANCHA, L.M., ARNAIZ EGUREN, R. La certificación con efectos de cierre registral o de reserva de prioridad. *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, Vol. 70 (621), 1994: pp. 646-669.

CANALS BRAGE, F., La hipoteca como patrimonio de destino. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2013, 281 pp.

CARRASCO PERERA, Á., CORDERO LOBATO, E. y MARÍN LÓPEZ, M.J., Tratado derechos de garantía. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2015. Versión online “PROVIEW” (sin numeración de páginas).

CERDEIRA BRAVO DE MASILLA, G., Derecho o carga real: naturaleza jurídica de la hipoteca. Tesis. Sevilla: Universidad de Sevilla, 1997, 724 pp.

DE BUNES IBARRA, J M. El rango hipotecario: concepto, naturaleza y tributación. *OL, Revista Tributaria de Oficinas Liquidadoras*, (1), 2006: pp. 4-9.

DE REINA TARTIÈRE, G., El Derecho registral inmobiliario y el Registro de la Propiedad. *La Notaría*. 2012, nº4, pp. 49-66.

DE REINA TARTIÈRE, G., El negocio jurídico sobre el rango hipotecario. *Revista jurídica del notariado* (72), 2009: pp. 345-416.

DE REINA TARTIÈRE, G., La igualdad de rango hipotecario. *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, (706), 2008: pp. 597-654.

LUQUE JIMENEZ, M.C., Acceso al registro de la ejecución judicial de la hipoteca. *Revista crítica de Derecho inmobiliario* (91, 750), 2015. pp. 1975-2014.

MARTINEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. La Hipoteca inmobiliaria. La anticresis. En: DE PABLO CONTRERAS, P. (coord.). Curso de Derecho Civil (III): Derechos Reales. 4ª ed. Madrid: Edisofer S.L., 2016, pp. 565-633.

ORDÁS ALONSO, M., La fase precontractual en la contratación del crédito inmobiliario. En: DOMINGUEZ LUELMO, A. (coord.). Vivienda e hipoteca. Madrid: Tecnos, 2018. pp. 23-133.

ORDUÑA MORENO, J., PLAZA PENADÉS, J., MARTINEZ VELENCOSO, L.M. Código Civil comentado. v. 4. Libro IV. De las obligaciones y contratos, contratos en particular, derecho de daños y prescripción (artículos 1445 al final). 2º ed. Navarra: Civitas, 2016. Versión online “PROVIEW” (sin numeración de páginas).

PAU PEDRÓN, A., La Prioridad registral: Un nuevo enfoque. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2004, 348 pp.

QUESADA GONZÁLEZ, M. C. El rango hipotecario. Estudio crítico del sistema romano o latino de avance de puestos. *Revista crítica de Derecho inmobiliario*. (641), 1997, pp. 1315-1344.

RIVAS TORRALBA, R., Preferencia de cobro y rango hipotecario. *Manuales de formación continuada*, (2), 1999: pp. 491-553.

ROCA SASTRE, R.Mº., ROCA-SASTRE, L., BERNÀ i XIRGO, J. Derecho Hipotecario. Tomo VIII. 9º ed. Barcelona: Bosch, 2009, 602 pp.

SAAVEDRA MONTERO, E., “La formación del derecho real de hipoteca y de la Ley Hipotecaria” *Actualidad Civil, Sección Doctrina*, 1999, Ref. XLIV, tomo 3, ed. LA LEY, pp. 831-876.

SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B., Relación entre el crédito y la hipoteca: alcance del principio de accesoriedad, Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2009. 648 pp.

RESOLUCIONES

STS núm. 592/2017, de 7 noviembre

STS núm. 497/2016, de 19 de julio

STS núm. 368/2016, de 6 de junio

STS núm. 261/2016, de 20 de abril

STS núm. 761/2015, de 30 de diciembre

STS núm. 303/2014, de 16 septiembre

STS núm. 792/2009 de 16 de diciembre

STS núm. 110/2007, de 18 de octubre

STS núm. 47/1998, de 30 enero

STSJ de Cataluña núm. 24/2019 de 18 de marzo

SAP de Málaga 13/2018 de 10 de enero

SAP de Asturias núm. 279/2004, de 23 de junio

SAP de Zaragoza núm. 305/2003, de 23 de mayo

SAP de Cádiz núm. 23/1998, de 22 de mayo

SAP de A Coruña núm. 284/1995 de 27 de septiembre

RDGRN de 27 de febrero de 2019

RDGRN de 9 de enero de 2019

RDGRN de 19 de septiembre de 2017

RDGRN de 9 de marzo de 2017

RDGRN de 14 de mayo de 2015

RDGRN del 25 de agosto de 2011

RDGRN de 12 de mayo de 2011

RDGRN 9 de noviembre de 2000

RDGT de 9 de octubre de 2017